ATUALIDADE DO DIREITO PÚBLICO

(ORGANIZADORES)
EDUARDO VAL
CAROLINA CYRILLO DA SILVA
FERNANDO BENTES
CARINA QUIRINO
EMERSON MOURA

ATUALIDADE DO DIREITO PÚBLICO

EDITORA MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2017

CONSELHO DO CAED-JUS

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

❖ Democratização da divulgação e produção científica

❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes

❖ Hall of fame com os premiados de cada edição

❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online

❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)

❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes

❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título "Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o 'totalitarismo consumista' e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna".

SUMÁRIO

A CORRENTE CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA NA LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO: REFLEXÕES SOBRE UM PARADIGMA EM CONSTRUÇÃO

André Luiz Maluf
Mariana Amarante

INTRODUÇÃO

"A história irá se lembrar que a maior tragédia desse período de mudança social não foi o estridente clamor de pessoas más, mas o silêncio terrível das pessoas boas." A histórica frase de Martin Luther King Jr - expoente da luta pelos direitos civis dos afroamericanos - continua a ecoar em nossos tempos. A omissão dos Poderes e órgãos públicos em conferir exequibilidade às normas constitucionais e concretizar direitos fundamentais ainda é objeto de debates fervorosos, não havendo respostas satisfatórias para as inúmeras celeumas que decorrem desse *non facere*.

Tendo em vista o modelo constitucional adotado pelo constituinte originário de 1988, que vincula o ordenamento jurídico e o Poder Público aos princípios e regras contidos no texto constitucional (STURZENEGGER, 2013, p. 46), vige

a noção de que, caso o exercício do direito previsto seja inviabilizado em razão da falta de regulamentação normativa, incorre o órgão competente em inconstitucionalidade por omissão legislativa (total ou parcial).

A Constituição de 1988 abarca uma expressiva quantidade[1] de normas de eficácia limitada, isto é, que dependem de regulamentação para produzir seus efeitos de forma plena. Assim, uma violação à Constituição pode se dar tanto quando se pratica o que nela é vedado, quanto na hipótese de não se fazer o que o seu texto determina.

Neste contexto, o reconhecimento da omissão inconstitucional, mediante a constatação de que os órgãos têm o dever, imposto pela Constituição, de conferir efetividade normativa aos direitos nela consagrados, elevou o controle de constitucionalidade dos atos normativos a outro patamar, acarretando em maior complexidade quanto às formas de seu exercício.

A partir dessas premissas, a Constituição de 1988 introduziu o mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, entre os direitos e garantias individuais e coletivos. Assim, é possível a concessão da injunção quando a ausência de norma regulamentadora inviabilize ou limite direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Quando a necessidade de regulamentação se dá em relação a normas definidoras de direito, e o indivíduo se vê impedido de exercer aquele direito devido à ausência da norma, investe-se no poder jurídico de exigir a criação da norma ou o estabelecimento das condições para o seu pleno exercício.

---

1. Em consulta ao endereço eletrônico da Câmara dos Deputados, verificamos que existem cerca de 379 dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação: 261 já se encontram regulamentados, 118 não foram regulamentados, 89 possuem proposição e 29 não possuem nenhuma proposição. Em suma, a omissão transmutada da *inertia* é o maior problema, sob a ótica quantitativa, no que concerne ao fenômeno da omissão legislativa. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos> Acesso em: 16 de junho de 2015.

Entretanto, a ação do mandado de injunção careceu de regulamentação por quase 28 anos, caracterizando *de per se* uma omissão inconstitucional, de modo que sua natureza e procedimentos foram delineados pela jurisprudência, que serviu de base para o projeto legislativo que culminou na promulgação da Lei 13.300, de 23 de junho de 2016. A nova lei integraliza a legislação no que toca aos remédios constitucionais e garantias processuais constitucionais de maneira geral, algo que foi imposto pela própria Constituição de 1988, além de estar inserida no microssistema de tutela coletiva.

É predominante o entendimento de que o objeto do mandado de injunção engloba todos os direitos individuais e coletivos presentes na Constituição e que sua impetração é possível não somente em casos em que não há norma regulamentadora alguma, mas também em casos em que a norma é insuficiente, isto é, hipóteses de omissão parcial. Trata-se da interpretação que melhor prestigia o princípio da máxima efetividade nas normas constitucionais, à luz da doutrina da efetividade. José Afonso da Silva relembra, ainda, que "norma regulamentadora" não compreende apenas lei, mas qualquer providência por parte do Poder Público que seja indispensável para a concreta aplicação da norma constitucional (RAMOS; LIMA; 2012, p. 1291).

Com efeito, o mandado de injunção surgiu da necessidade de haver uma ferramenta que permitisse a qualquer indivíduo buscar no Poder Judiciário a regulamentação de um direito constitucional que, no caso concreto, tenha seu exercício inviabilizado em razão da ausência de norma regulamentadora. Não houvesse mecanismo apto a sanar a omissão regulamentar, estaria comprometida a eficácia constitucional desejada pelo Constituinte no tocante aos direitos, liberdades e prerrogativas essenciais.

Ante o exposto, o tema do presente artigo é a corrente concretista intermediária na Lei 13.300/16. A justificativa do trabalho se

expressa não só pela relevância do instituto – como instrumento de exequibilidade de normas constitucionais –, mas também pelo ineditismo da matéria diante da recente inovação legislativa.

O problema é a adoção, ou não, da corrente concretista intermediária pelo legislador derivado. A primeira hipótese é a adoção da corrente concretista intermediária na Lei 13.300/16, a segunda hipótese funda-se na utilização dessa corrente como ferramenta de fortalecimento da jurisdição constitucional dialógica, possibilitando, assim, a plena efetividade da Constituição.

A metodologia consiste em análise doutrinária do tema e reflexão crítica tendo em vista a originalidade da matéria sob o aspecto normativo.

O desenvolvimento ocorrerá da seguinte maneira: i) inicialmente, analisaremos a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema; ii) em seguida, abordaremos os aspectos mais relevantes da Lei 13.300/16; iii) na terceira parte, verificaremos se a Lei do Mandado de Injunção adotou a corrente concretista intermediária, buscando confirmar, ou não, a primeira hipótese; e iv) ao final, discorreremos de forma crítica e reflexiva, à luz da teoria dos diálogos constitucionais, do princípio da proporcionalidade e do direito comparado, objetivando confirmar, ou não, a segunda hipótese proposta.

1. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Introduzido pela Constituição de 1988, o mandando de injunção nasceu como instrumento sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro ou na jurisdição constitucional comparada, de modo que restou à doutrina e, precipuamente, à jurisprudência, o desafio de identificar a natureza da ação e o alcance das decisões de concessão da injunção.

Os julgamentos proferidos pelo STF no período em que perdurou a falta de regulamentação do remédio, compreendido entre a inauguração do instituto pelo constituinte originário e a promulgação da lei respectiva, denotam uma evolução na linha de pensamento da Corte.

A postura do Tribunal no julgamento dos primeiros mandados de injunção trazidos à sua apreciação seguiu uma orientação mais tímida quanto à possibilidade de extensão dos efeitos do deferimento da injunção. Essa posição foi consolidada através da publicação de Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107-3/DF[2], julgado em 1989 e relatado pelo Min. Moreira Alves, considerado o *leading case* que por muito tempo determinou a natureza da ação e as premissas a serem seguidas. Isso esvaziou o instituto do mandado de injunção, dificultando o seu desempenho como instrumento voltado à proteção dos direitos, garantias e prerrogativas constitucionais.

Na ocasião, foi estabelecido como objetivo do mandado de injunção o de obter do Poder Judiciário declaração de inconstitucionalidade por omissão e a ciência dessa declaração ao poder, órgão, entidade ou autoridade responsável para que adote as providências necessárias, caso caracterizada a sua mora em regulamentar. Assim, limitou-se a decisão em mandado de injunção aos contornos de uma decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com expressa menção à equiparação, em nítida intenção de resguardar a autoridade do Poder Legislativo no exercício de sua função típica, e de reverenciar a separação de poderes[3].

---

2 Tratava-se de Mandado de Injunção impetrado por um servidor público militar que pleiteava a regulamentação da estabilidade prevista no §9º do art. 42 da Constituição.

3. Do conteúdo do voto do relator no referido julgamento, extrai-se a referência ao princípio democrático como fundamento para a leitura do que almejou o constituinte para o mandado de injunção, destacando o estabelecimento de um processo legislativo no qual o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos da Constituição, e o sistema de freios e contrapesos, de que participariam, exclusivamente, os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.

Ademais, resolveu-se pela natureza autoexecutável do mandado de injunção, de modo a permitir a sua utilização independentemente de norma regulamentadora própria, garantindo, assim, a autoaplicabilidade do remédio, limitando, no entanto, o potencial das decisões de procedência. Assim, a primeira posição jurisprudencial consagrou a corrente não concretista, caracterizada pela mera declaração da mora regulamentar, restringindo o mandado de injunção a uma ação de natureza exclusivamente declaratória.

A posição inicial não concretista, notoriamente, retirava toda a capacidade normativa do Mandado de Injunção em contrariedade ao próprio espírito do constituinte (DOUGLAS; ARAÚJO; CHAVES; 2016, p. 73). Vale mencionar passagem do discurso de Ulysses Guimarães em 05 de outubro de 1988:

> *Nós os legisladores ampliamos os nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência e a inépcia. (...) Não esquecemos que na ausência da lei complementar os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo Mandado de Injunção*[4].

De acordo com Luís Roberto Barroso (2012b, p. 30/31), a auto-contenção judicial é a conduta pela qual o Poder Judiciário procura reduzir a interferência no âmbito de atuação dos demais Poderes, postura que prevaleceu no Judiciário brasileiro até o advento da Constituição de 1988 e pela qual é possível explicar a linha de atuação inicial do Supremo no julgamento do remédio injuntivo.

Não obstante, assistiu-se a uma mudança gradual no entendimento sobre os efeitos de um provimento em mandado de

4. Íntegra disponível em < http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html > Acesso em 05 de junho de 2016.

injunção. No MI 232/RJ, julgado pelo STF em 1992, foi declarada a mora do Congresso Nacional quanto à regulamentação da isenção de contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes, prevista no art. 195, §7º, da Constituição, tendo sido fixado um prazo de seis meses para a elaboração da norma, sob pena de, "vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida".

Também no MI 283-5 o Supremo avançou reconhecendo a possibilidade de indenização em virtude de ausência de norma regulamentadora. Tratava-se de caso envolvendo o art. 8º, § 3º, do ADCT da Constituição de 1988. O dispositivo em comento prevê reparação de natureza econômica para cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, na forma da lei de iniciativa do Congresso Nacional, que deveria entrar em vigor no prazo de 12 meses a contar da promulgação da Constituição. Decorridos os 12 meses sem lei, o STF reconheceu a mora do Legislativo em editar a referida norma e fixou o prazo de 60 dias para ultimação do processo legislativo, facultando ao impetrante o exercício de ação ordinária para o recebimento de indenização - STF, RDA, 185:204, 1991, MI 283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - (BARROSO, 2012a, p. 57/58).

Entretanto, foi somente em 2007 que o STF rompeu com a corrente não concretista, lançando mão de uma interpretação mais abrangente do mandado de injunção, caracterizada pela concretização de direitos constitucionalmente assegurados. No julgamento do MI 721/DF, o Ministro Relator Marco Aurélio, ao analisar o pedido de aposentadoria especial constante do art. 40, §4º, da Constituição, cuja falta de disciplina específica impedia o seu gozo pelo servidor, afirmou que no mandado de injunção "há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada". Por

esta ótica, determinou a adoção do regime próprio dos trabalhadores em geral, previsto na Lei 8.213/91, provimento que se repetiu em outros julgamentos sobre o mesmo tema, como no MI 795/DF, relatado pela Ministra Cármen Lúcia em 2009.

São as decisões referentes ao direito de greve dos servidores públicos, porém, que comumente são relacionadas à reviravolta jurisprudencial do Supremo no âmbito do mandado de injunção. Sobre a matéria, havia sido firmado, no MI 20/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello e julgado em 1994, entendimento segundo o qual o direito de greve do servidor público não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar reclamada, pois constituía norma de eficácia limitada e, por isso, desprovida de autoaplicabilidade. Esta linha de decisão prevaleceu ainda nos julgamentos do MI 485/MT (Rel. Min. Maurício Corrêa) e MI 585/TO (Rel. Min. Ilmar Galvão), ambos ocorridos em 2002 (MENDES, 2013, p. 31).

Entretanto, ulteriormente, no julgamento do MI 712/PA, em 2007, no qual o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (SINJEP) pleiteava a garantia ao direito de greve, prevista no art. 37, VII, da Constituição, o Min. Rel. Eros Grau determinou a aplicação da Lei 7.783/89, que regulamenta a greve do setor privado, enquanto a omissão não fosse sanada, e desde que observado o princípio da continuidade do serviço público.

Na oportunidade, o Ministro afastou expressamente o argumento de ofensa à separação de poderes e afirmou que "incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos"[5], julgando a ação procedente para viabilizar o exercício do direito reclamado. Tal entendimento foi reproduzido também no julga-

5. Do voto do relator destacamos ainda: "Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta corte não se presta, quando se trate de apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia".

mento dos mandados de injunção n. 670/ES e 708/DF, nos quais o próprio relator do processo, Min. Gilmar Mendes, chamou a atenção para a "flexibilização da interpretação primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção".

Ainda, nas palavras do próprio Ministro, no julgamento do referido MI 670/ES, entendeu-se por propor a adoção, de forma explícita, de uma sentença aditiva com eficácia *erga omnes* (MENDES, 2013, p. 38), para determinar a aplicação das Leis n^{os} 7.701/88 e 7.783/89 aos conflitos e às ações judiciais que envolvessem a questão, em favor de todos os servidores públicos, não se limitando à categoria representada pelo impetrante.

Feita esta breve retrospecção, podemos concluir que, após muitos anos de vazio constitucional quanto aos efeitos da decisão em mandado de injunção (MORAIS, 2013, p. 339), o STF assentou que o provimento da ação implica na elaboração de norma suficiente para viabilizar, no caso concreto, o exercício dos direitos e garantias reclamados, a princípio, com eficácia *inter partes* (concretista individual). Posteriormente, manifestou posicionamento mais arrojado ao admitir que a decisão prolatada produza efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, com relação a situações idênticas (concretista geral).

Em suma, essa evolução jurisprudencial, protagonizada pelo Supremo, serviu de base para a elaboração da Lei 13.300/16, que adotou, em grande medida, os posicionamentos firmados nos precedentes daquela Corte, promovendo o funcionamento do mandado de injunção como garante da máxima efetividade das normas constitucionais.

2. REFLEXÕES SOBRE A LEI 13.300/2016

A Lei nº 13.300 nasceu a partir do Projeto de Lei n. 6.128/09, apresentado pelo deputado Flávio Dino, do PCdoB/MA, em 30

de setembro de 2009, tendo sido promulgada em junho de 2016, quase sete anos após o início de sua tramitação. Como exposto na justificação do projeto, a discussão se deu no âmbito do "Grupo Judiciário do Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", o qual compunham os Ministros Gilmar Mendes, do STF, e Teori Zavascki, então do STJ.

O art. 2º da lei elimina qualquer dúvida quanto à possibilidade de impetração do mandado de injunção em casos de omissão parcial, à qual faz expressa menção, demonstrando uma interpretação ampliativa do texto do art. 5º, LXXI, da Constituição. O parágrafo único do dispositivo define como parcial a regulamentação "quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente".

Outra questão relevante parece ser a impossibilidade de perda do objeto do Mandado de Injunção no caso de apresentação de projeto de lei (STF, ADI 3.682-MT), eis que o parágrafo único do art. 11 somente faz menção à perda do objeto por edição de norma regulamentadora. Neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deverá ser revisitada.

Para o presente trabalho, consideramos como o mais relevante, no entanto, as definições do art. 8º que trata do deferimento da injunção. O inciso I do referido dispositivo apresenta natureza mandamental, ao prever a determinação de um prazo razoável para que o impetrado, órgão ou a autoridade com atribuição para a edição da norma regulamentadora, a promova.

Entretanto, o inciso II do art. 8º expande os potenciais efeitos do deferimento da injunção, que poderá consistir no estabelecimento de condições para o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados, ou para que o interessado ajuíze ação própria visando o seu exercício, "caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado", encerrando uma competência decisória de perfil criativo.

O *caput* do art. 9º aponta para a adoção de uma posição concretista individual, ao determinar a eficácia *inter partes* da decisão. O parágrafo 1º, por sua vez, traz a importante previsão de eventual ampliação dessa eficácia, através de uma noção concretista geral, permitindo que a decisão contenha uma regra geral, aplicável não somente à questão objeto de julgamento (eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*), mas também a casos análogos por decisão monocrática do relator (§2º).

Com relação a este último ponto, vale ressaltar que se trata de debate relevante na doutrina, a qual se divide entre a concepção de que o intérprete, nesta situação em particular, teria excepcional atribuição para editar normas abstratas de caráter geral, e o entendimento de que tal atividade extrapolaria a função do julgador, ferindo a separação de poderes. Blanco de Morais (2013, p. 382), filiado à corrente que se objeta à outorga de eficácia *ultra partes* e *erga omnes* às decisões em mandado de injunção, considera, em suma, que tal atribuição integra a reserva de Constituição, entendendo que somente esta pode conceder excepcional competência legiferante ao intérprete, como *v.g.*, no caso das súmulas vinculantes. Dessa forma, defendeu a implementação de condições procedimentais especiais para a outorga de eficácia *ultra partes* e *erga omnes*, como a fixação de uma maioria qualificada de Ministros para a aprovação. A lei aprovada, contudo, manteve como única exigência para a concessão de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* a sua indispensabilidade para o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração, conferindo significativo poder para o órgão jurisdicional atuar de acordo com o caso concreto.

Notadamente, a ampliação dos efeitos subjetivos da decisão tem o condão de intensificar eventuais conflitos institucionais entre Legislativo e Judiciário. Destarte, em razão da lacuna

quanto ao quórum específico, entendemos cabível, por analogia à Súmula Vinculante, a adoção do quórum qualificado de 2/3.

O art. 10 do diploma contempla a ação de revisão, que se destina a ajustar o estabelecido na decisão original às novas condições trazidas por eventuais modificações no estado de fato ou de direito, não se confundindo com a ação rescisória (ZAVASCKI, 2013, p. 99).

Em seguida, o art. 11 da lei indica a não retroatividade dos efeitos da norma regulamentadora superveniente em relação aos impetrantes favorecidos por decisões em mandado de injunção com trânsito em julgado, não os impedindo, contudo, de obter os benefícios da lei posterior no que lhes for mais favorável. Tal previsão tem amparo em precedentes do Supremo Tribunal Federal, que firmaram entendimento nesse sentido[6].

Por fim, cabe destacar a consagração do mandado de injunção coletivo, conforme disposição do art. 12 da referida lei, que comporta o entendimento doutrinário e jurisprudencial até então produzido, que já admitia a impetração do mandado de injunção na forma coletiva, por analogia ao mandado de segurança coletivo. O parágrafo único do dispositivo esclarece que os direitos, liberdades e prerrogativas aqui protegidos são os pertencentes a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

A ampla legitimidade dos impetrantes é notória, seja no Mandado de Injunção individual (pessoas naturais ou jurídicas, art. 3º) ou coletivo (Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sin-

6. A título de exemplo, no julgamento do MI 283/DF, já visto, no qual foi requerida a regulamentação do direito à reparação econômica contra a União, previsto pelo art. 8º, §3º, do ADCT, o STF deferiu a injunção para declarar a mora do legislador, determinando prazo para a edição da norma, sob pena de reconhecer ao impetrante a faculdade de obter sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, e declarou que, prolatada a condenação, "a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável".

dical, entidade de classe ou associação e Defensoria Pública, art. 12). A Lei se insere claramente no microssistema de tutelas coletivas, o que acarretará consequências ainda imprevisíveis.

3. A ADOÇÃO DA CORRENTE CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA PELA LEI 13.300/2016

Com o advento da legislação específica a disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, urge identificar a natureza jurídica dos efeitos do provimento jurisdicional em sede de mandado de injunção, de acordo com a tese adotada pelo legislador no novel diploma.

Como visto, o art. 8º da Lei 13.300/16 versa sobre os efeitos do deferimento da injunção, dispondo que será determinado prazo razoável para a edição da norma regulamentadora pelo impetrado e, em caso de descumprimento, serão estabelecidas as condições em que se dará o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa reclamado. Tal previsão, aparentemente, demonstra a adoção de uma postura concretista intermediária, que busca o suprimento da omissão pelo órgão responsável, mas não se limita a chamar a atenção para sua morosidade, tornando aplicável a norma constitucional reclamada caso persista a inatividade reguladora.

Isso pode ser extraído da leitura do art. 8º, parágrafo único, que permite a dispensa da concessão de prazo quando já tiver sido impetrado Mandado de Injunção anterior e a omissão não tenha sido sanada. Em outras palavras, a regra geral é que a decisão concretista do Tribunal somente terá efeitos (art. 8º, II) após o fim do prazo razoável para edição da norma (art. 8º, I). Dessa forma, verificamos, em princípio, foi adotada a corrente intermediária, na medida em que fala-se em "prazo razoável" para que a omissão seja sanada, antes de o intérprete partir

para a elaboração de uma norma adequada a solucionar o caso concreto, através de uma postura criativa.

Em relação ao procedimento no qual se dará a concretização do direito, entendemos que a melhor interpretação é no sentido de que o deferimento da injunção estabeleça, de imediato, as condições nas quais se dará o seu exercício, caso persista a omissão inconstitucional após o prazo fixado. Não seria razoável exigir que o requerente, ao fim do prazo, ingresse novamente no Poder Judiciário, impetrando novo mandado de injunção ou ação de qualquer espécie, para que obtenha, com base na decisão de provimento anterior, as condições que viabilizem o exercício do seu direito.

Como bem destaca Marcelo Cattoni de Oliveira (2013, p. 417), "a atividade realizada pelo Poder Judiciário não deve ser compreendida como legislativa, mas de regulamentação para o caso concreto, que deve ser compreendida como de aplicação do Direito", sendo certo que o indivíduo não pode arcar com os prejuízos da morosidade regulamentar em se tratando de direitos e garantias constitucionalmente garantidos.

Nesta toada, faz-se necessário recordar o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Por essa razão, sendo o mandado de injunção o instrumento destinado a garantir o exercício de direitos constitucionais inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, não pode ser outro o seu efeito senão tornar diretamente aplicável a norma constitucional definidora de um direito ao caso concreto.

Portanto, consoante as disposições da nova lei, a decisão de procedência em mandado de injunção tem efeitos constitutivos, uma vez que pode inovar no mundo jurídico através de provimentos aditivos, já que o que se pretende é a aplicação da norma constitucional, mediante a regulamentação do exercício do direito pleiteado.

De toda forma, a regulamentação oferecida pela decisão judicial será sempre provisória, não ficando impedido o legislador ou o órgão responsável de elaborar a norma destinada a regular a matéria, a qualquer tempo, dentro da sua margem de conformidade. A própria lei expõe esse caráter temporário da decisão, ao dispor que produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora (art. 9º), respeitada a coisa julgada. Na mesma lógica, se a norma for editada antes da decisão, fica prejudicada a impetração e o processo é extinto sem resolução do mérito, o que ratifica a impossibilidade de a vontade do julgador prevalecer em detrimento da do legislador (art. 11, parágrafo único).

Em síntese, acreditamos que a nova lei representa a visão já balizada em sede jurisprudencial pelo Supremo, oferecendo uma solução de perspectiva constitucional, na medida em que proporciona ao mandado de injunção funcionar como mecanismo apto a impedir que o legislador tenha nas mãos o poder de conceder ou não os direitos previstos pelo constituinte.

4. A CORRENTE CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA COMO INSTRUMENTO DIALÓGICO E PROPORCIONAL DE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Em uma análise inicial, parece ilógico que a Lei adote a corrente concretista intermediária em vez de adotar a corrente concretista direta. Segundo esta última o Judiciário, verificando a omissão, adota postura criativa imediatamente, podendo o legislativo atuar posteriormente regulando a matéria (CANOTILHO; MENDES; STRECK; SARLET; 2013, p. 1038/1039). Neste sentido, constatada a omissão inviabilizadora de direito, liberdade ou prerrogativa essencial, a corrente concretista intermediária seria menos eficaz se comparada com a corrente direta.

Em que pese tal posicionamento, *in thesi*, enfraquecer parcialmente a eficácia do próprio texto constitucional – pois estar-se ia concedendo mais prazo para suprir a omissão –, parece ser razoável se pensarmos em uma lógica de conflitos institucionais, diálogos constitucionais[7] e separação de poderes, sobretudo em razão dos possíveis efeitos que uma sentença concretista direta geral ou manipulativa (aditiva ou substitutiva[8]) pode ter no mundo jurídico e fático.

Uma atitude mais ativista pode ensejar graves conflitos institucionais, culminando com ataques, como já ocorridos na história e apresentados na obra de Rodrigo Brandão (2012, p. 250/263).

No governo de Floriano Peixoto (1891 a 1894) existiram pelo menos quatro casos relevantes. O primeiro caso refere-se à ameaça de descumprimento de prisão formulada pelo Presidente em face dos Ministros do STF, caso eles deferissem *habeas corpus* em favor dos indivíduos que participaram de protestos pelo fato de Floriano ter assumido a presidência após a renúncia de Deodoro da Fonseca, ao invés de convocar novas eleições.

Outro caso ocorreu quando foram expedidos ofícios pelo ministro da Guerra, sendo publicados em Diário Oficial, comunicando ao STF a sua discordância quanto às razões jurídicas empregadas pelo STF, ou mesmo o seu descumprimento à decisão judicial, nos *habeas corpus* relativos à Revolução Federalista no Rio Grande do Sul.

O terceiro caso envolve o deferimento do STF de salvo conduto em favor de estrangeiros envolvidos na Revolta da Armada, a fim de impedir que fossem expulsos do Brasil.

---

7. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

8. Aqui foi adotada a classificação de MALFATI, Elena.; PANIZZA, Saulle.; ROMBOLI, Roberto. *GiustiziaCostituzionale*. 4a Ed, Giappichelli Editore, Torino, 2013; e BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, T. *Il quadro delletipologiedecisorienellepronuncedella Corte Costituzional.* QUADERNO PREDISPOSTO IN OCCASIONE DELL'INCONTRO DI STUDIO CON LA CORTE COSTITUZIONALE DI UNGHERIA, 2010.

Diante de tal decisão, o governo Floriano Peixoto expediu um Decreto de expulsão com data retroativa, com o intuito de retirar a eficácia da decisão do Supremo.

Por fim, vale mencionar que durante o governo de Floriano Peixoto, houve o não preenchimento de algumas cadeiras do STF durante um longo período de tempo, o que dificultou o trabalho da Suprema Corte. Ademais, posteriormente, foram indicados pelo Presidente um médico (Barata Ribeiro) e dois generais para ocupar os cargos vagos.

Também existiram interferências nas competências do Supremo como forma de retaliação. Podemos citar a a Reforma Constitucional de 1926 que extinguiu o *habeas corpus* e ainda a insindicabilidade judicialdas questões políticas promovidas pela Constituição de 1937.

Outra forma de ataque é a alteração do número de ministros, à cassação de suas investiduras e a suspensão das garantias da magistratura. Durante o Governo Provisório, após a Revolução de 1930, houve a redução de 15 para 11 no número de ministros do STF, além da aposentadoria compulsória de seis ministros. O Ato Institucional n. 02 de 27/10/1965, aumentou o número de ministros de 11 para 16, preenchendo o número de vagas por ministros ligados à UDN, e suspendeu as garantias dos magistrados. Situação mais grave veio com o AI n.05 de 16 de janeiro de 1969, que trouxe previsões de punições aos ministros que não decidiam de forma compatível com o governo militar, dentre elas a aposentadoria compulsória de três dos ministros do STF: Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

A Carta de 1988 atribuiu ao Parlamento o poder de aprovar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes. Ainda que cumpra aos Tribunais elaborar as propostas orçamentárias dentro dos limites da Lei de Diretrizes (art. 99, §1, da CF/1988), o Congresso não está vinculado a tal proposta, po-

dendo aprovar Lei orçamentário anual com valor inferior (art. 165 da CF/1988). No mesmo sentido, o valor dos salários dos juízes é definido por lei de iniciativa privativa dos Tribunais, de maneira que, embora somente o Judiciário possa fixar o valor contido na proposta original, o Legislativo não está obrigado a aprová-lo, podendo fixar valor menor ou simplesmente rejeitar a proposta (art. 96, II,*b,* da CF/1988), desde que não viole a irredutibilidade de subsídios (art. 95, III, da CF/1988).

Outro problema causado por uma decisão concretista direta seria uma reação legislativa prejudicial à plena efetividade do direito constitucional tutelado pelo remédio injuntivo. Em outras palavras, após a Corte atuar criativamente assegurando determinado direito, liberdade ou prerrogativa essencial, não amparado por ausência de norma regulamentadora, o Poder Legislativo poderia, posteriormente, editar lei mais gravosa em comparação com a norma criada pela decisão concessiva da injunção como forma de retaliação pela atitude imediatista do Tribunal.

Isso parece ter ocorrido no caso julgado pelo STF que envolveu o município de Mira Estrela[9], onde a Corte estabeleceu, em abstrato, um padrão de fixação do número de vereadores em todo o país a partir de faixas populacionais por ele criadas. Diante de tal conduta o Congresso atuou de modo a superar a criação através de uma Emenda Constitucional.

Também podemos constatar tal insurgência através de propostas de emenda à constituição: i) a PEC 33/11[10] - ventilada uma semana após o julgamento que possibilitou a união estável entre pessoas do mesmo sexo[11] -, altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de

9. RE 197.917, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 6/6/2002, DJ 7/5/2004.

10. Cf. MALUF CHAVES, André Luiz. *PEC nº 33/11: conflito institucional e legitimidade democrática.* Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3668, 17 jul. 2013.

11. ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011 e ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo; e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição; ii) também a PEC 53/2011, que visa a alterar o art. 93 da Constituição, possibilitando a perda do cargo por magistrado, o que obviamente encontra vozes sustentando sua inconstitucionalidade por violar a garantia da vitaliciedade.

Esse cenário revela os possíveis efeitos indesejados e perversos na adoção de uma decisão concretista direta a ser tomada pela Corte, de modo que a adoção da corrente concretista direta, em vez da intermediária, notadamente possui mais chances de ensejar atritos entre o Poder Legislativo e o Judiciário.

Sob a ótica da institucionalidade, portanto, a corrente concretista intermediária revela-se mais efetiva.

O princípio da proporcionalidade também pode ser utilizado como argumento de defesa para a utilização da corrente concretista intermediária, eis que se trata de princípio implícito que norteia a aplicação e interpretação do texto constitucional e da legislação infraconstitucional quando em cotejo com a Constituição.

Virgílio Afonso da Silva[12], analisando a obra de Robert Alexy, afirma que o princípio da proporcionalidade, em verdade, deve ser entendido como regra da proporcionalidade. Ademais, para que possa ser aplicado, devemos nos valer de procedimento trifásico de verificação: i) *adequação*; ii) *necessidade*; iii) *proporcionalidade em sentido estrito*. A adequação leva em conta o alcance da finalidade da medida tomada, ou seja, se atingiu, ainda que parcialmente, os fins colimados; a necessidade sopesa se outra medida menos gravosa pode ser tomada para que se atinja o mesmo fim, com igual eficiência;

12. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais,798 – 2002.

e a proporcionalidade em sentido estrito, faz uma ponderação entre os direitos conflitantes, de modo a decidir qual deles mostra-se mais relevante.

Portanto, para que uma medida jurídica seja considerada proporcional, ou não, é essencial que ela seja posta à prova do teste trifásico da proporcionalidade, seguindo necessariamente a ordem exposta. Caso seja reprovado em algum deles, não há que se falar em proporcionalidade.

Cotejando a aplicação da corrente intermediária e a direta chegamos à conclusão de que, ambas são adequadas ao fim pretendido (colmatar a lacuna e conferir efetividade à Constituição), ambas são necessárias (sendo que a corrente direta é mais eficaz do que a intermediária, eis que atinge o mesmo fim de forma mais rápida), todavia, a primeira delas se interfere de forma menos gravosa na separação dos Poderes, de modo que, tendo em vista a necessidade de minimização da tensão entre direito e política[13], a corrente intermediária é aquela que está adequada à proporcionalidade em sentido estrito.

Ou seja, aplicando a regra da proporcionalidade, diante do conflito entre as duas correntes, a intermediária é aquela que passa pelo teste trifásico.

A solução que melhor prestigia o art. 2º da Constituição e garante eficácia ao Mandado de Injunção é aquela que se fundamenta em um modelo dialógico.

Hipótese que comprova a assertiva pode ser encontrada no caso do MI 943[14], que tratava do aviso prévio proporcional por tempo de serviço: ao apreciar o caso, o STF percebeu que a declaração de mora do Legislativo não atenderia à força normativa da Constituição, de modo que se inclinou a proferir

13. Cf. FILHO, Ademar Borges de Sousa. *Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, n. 2, 2016.

14. STF. MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/2/2013, DJe de 2/5/2013.

decisão concretista, optando por adiar o julgamento do feito para refletir sobre como isso se daria; diante de tal atitude, o Congresso editou a Lei 12.506/2011 regulando a matéria[15] e seguindo os termos que os Ministros haviam inicialmente proposto nos debates orais.

Neste sentido, segundo Ademar Borges, a função normativa deve ser exercida de modo a promover a menor intervenção possível no ordenamento jurídico, com o objetivo de atender a pretensão jurídica que se forma a partir do momento em que direitos são garantidos por norma constitucionais, acatando o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5ª, XXXV, CF/88), e de superar o vácuo normativo que impede a eficácia de tais normas (FILHO, 2016, p. 105).

Não se deve olvidar, contudo, que eventual função normativa do Tribunal através de decisão concretista tem caráter essencialmente precário (art. 9º da Lei 13.300/16). A criação judicial constitui atitude que permite a abertura de um verdadeiro diálogo junto ao órgão omisso. Em havendo atuação posterior ocorrerá a superação daquilo que foi regulamentado pela Corte com a preservação dos efeitos da decisão proferida diante da necessidade de resguardo da segurança jurídica, salvo se a aplicação da norma editada lhe for mais favorável (art. 11), hipótese onde haverá retroatividade normativa.

Por fim, sob a ótica do Direito comparado[16], o modelo equatoriano serve como subsídio à hipótese ora defendida. A nova Constituição do Equador, aprovada por referendo em 28 de setembro de 2008, inovou naquele país em relação à inconstitucionalidade por omissão. Em seu artigo 436, inciso 10, a Carta

15. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil*. In:*Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1a ed. Brasília: IDP, 2014.

16. Cf. MALUF CHAVES, André Luiz; MEOTT, Matheus. Omissões legislativas na Corte equatoriana: um horizonte para o Brasil. Resumo Expandido apresentado no Seminário de Jurisdição Constitucional e Justiça Dialógica na América Latina, UFF, Niterói, 2015.

determina que compete ao Tribunal Constitucional: “Declarar a inconstitucionalidade em que incorra as instituições do Estado ou autoridades públicas que por omissão não observem, seja de forma total ou parcial, os mandamentos estabelecidos em normas constitucionais, dentro do prazo estabelecido na Constituição ou em prazo considerado razoável pela Corte Constitucional. Se transcorrido o prazo e a omissão persistir, a Corte, de maneira provisória, expedirá a norma ou executará o ato omitido, nos termos da lei”[17].

A lei a que se refere o texto constitucional é a *ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional* em vigor desde 22 de outubro de 2009 e trata do controle de constitucionalidade das omissões normativas no capítulo IX, art. 128 e seguintes. No seu art. 129 trata dos efeitos das omissões normativas. No inciso 1, aduz que no caso de omissão normativa absoluta será concedido ao órgão competente um prazo determinado pela Constituição para que a mora seja sanada. No caso de perdurar a inércia após o decurso do prazo, o inciso afirma que a Corte Constitucional formulará, por via jurisprudencial, as regras básicas correspondentes que sejam indispensáveis para garantir a aplicação e obediência das normas constitucionais. Por fim, o dispositivo traz em sua parte final a regra que estabelece a precariedade, ou seja, tais regras básicas criadas pela Corte continuarão a viger até que sejam editadas as normas reguladoras da matéria.

Verifica-se que o modelo equatoriano se amolda perfeitamente ao paradigma estabelecido na Lei 13.300/2016 no seu binômio central: adoção da corrente concretista intermediária e precariedade da decisão judicial.

À luz do exposto, entendemos que a postura concretista intermediária adotada pela novação legislativa harmoniza o

---

17. Tradução livre.

princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, a regra da separação dos poderes de forma proporcional, possibilitando uma adequada ferramenta de combate às omissões inconstitucionais, com propriedades singulares a diferenciar o mandado de injunção das ações de controle abstrato diante da expressa previsão criativa. Reforça-se, assim, a força normativa da Constituição e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, mediante instrumento concretizador da eficácia das normas constitucionais que não se traduz em hipótese de supremacia, mas em ferramenta de diálogo entre Legislativo e Judiciário, onde o segundo provoca ou ao menos induz a atuação do primeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulamentação tardou, mas finalmente ocorreu. A garantia da aplicabilidade plena do Mandado de Injunção é um marco a ser celebrado que consolida no Brasil um dos mais relevantes instrumentos para garantir a efetividade da Constituição.

Na esteira do que leciona Konrad Hesse (1991, p. 03), a Constituição converte-se em força ativa se a conduta geral e, especialmente, daqueles principais responsáveis pela ordem constitucional, guiar-se não somente pela vontade política, mas pela vontade da Constituição.

As hipóteses do trabalho foram confirmadas tanto no sentido da escolha pelo legislador da corrente concretista intermediária, quanto desta ter sido a solução constitucionalmente adequada dentro do sistema de freios e contrapesos, do princípio da proporcionalidade e dos diálogos constitucionais.

Com a previsão expressa de uma corrente concretista abrem-se portas para decisões criativas na jurisdição constitucional. Diante de tarefa tão árdua e complexa, caberá à doutrina estabelecer parâmetros seguros e coerentes de criação normativa,

com o objetivo de evitar os ataques institucionais expostos. A atuação judicial no ordenamento deve ser suficiente à efetividade do texto constitucional, mediante intervenção mínima, sem qualquer pretensão de esgotar o seu debate ou diálogo.

A Lei 13.300/2016 acertadamente fecha uma porta (assume definitivamente a corrente concretista intermediária) e abre diversas outras: a grande questão não deve mais ser a existência ou não de criação judicial de Direito — eis que inerente ao processo interpretativo —, mas sim os limites dessa criação. A previsão da possibilidade de prolação de sentenças criativas contribui não só para um amadurecimento da jurisdição constitucional — como instrumento dialógico de aprimoramento institucional entre Legislativo e Judiciário —, mas, sobretudo, torna-se essencial para um controle da atuação do órgão jurisdicional (no sentido de *accountability*).

Os desdobramentos, limites e possibilidades das questões ventiladas certamente irão colocar à prova a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É imprescindível que a Corte evolua seu entendimento e assuma de forma nítida e transparente esse papel criativo, respeitando as suas capacidades institucionais diante de matérias complexas e mantendo suas portas abertas para eventuais diálogos.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 36) tem afirmado reiteradamente que a jurisdição constitucional desempenha papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado, de modo que, no fundo, é o próprio Congresso que detém a decisão final, inclusive sobre o nível de judicialização da vida. A tensão entre Judiciário e Legislativo é atenuada não só na medida em que o segundo age, mas igualmente diante da abertura do primeiro a saídas dialógicas. A construção de uma Constituição efetiva deve passar, necessariamente, pela atuação conjunta entre ambos os Poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

_________. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.* Texto mimeografado, UERJ, 2015.

_________. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, 2012.

BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, T. *Il quadro delletipologiedecisorienellepronuncedella Corte Costituzionale.* QUADERNO PREDISPOSTO IN OCCASIONE DELL'INCONTRO DI STUDIO CON LA CORTE COSTITUZIONALE DI UNGHERIA, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio; SARLET, Ingo. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasi*l. In: *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1a ed. Brasília: IDP, 2014.

DIDIER JR., Fredie (Org). *Ações Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; CHAVES, André Luiz Maluf. *Omissão Inconstitucional e Revisão Geral Anual*. 2ª Ed. Impetus, 2016.

FILHO, Ademar Borges de Sousa. *Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, n. 2, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes, Porto Alegre, Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MALFATI, Elena.; PANIZZA, Saulle.; ROMBOLI, Roberto. *GiustiziaCostituzionale*. 4a Ed, Giappichelli Editore, Torino, 2013.

MALUF, André Luiz. *Reflexões sobre o projeto aprovado pelo Senado que regulamenta o Mandado de Injunção.*Carta Forense, 22 de junho de 2016. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reflexoes-sobre-o--projeto-aprovado-pelo-senado-que-regulamenta-o-mandado-de-injuncao/16677> Acesso em 28 de julho de 2016.

_________. Lei do Mandado de Injunção abre portas para sentenças aditivas. Conjur, 25 de julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/andre-maluf-lei-mandado-injuncao-abre-portas-sentencas-aditivas> Acesso em 28 de julho de 2016.

_________. *PEC nº 33/11: conflito institucional e legitimidade democrática*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3668, 17 jul. 2013.

MALUF CHAVES, André Luiz; MEOTT, Matheus. Omissões legislativas na Corte equatoriana: um horizonte para o Brasil. Resumo Expandido apresentado no Seminário de Jurisdição Constitucional e Justiça Dialógica na América Latina, UFF, Niterói, 2015, Disponível em: <https://uff.academia.edu/AndréMalufChaves> Acesso em 11 de novembro de 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; Quintas, Fábio Lima (Orgs). *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. *In:* Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação, Série IDP, Saraiva, 2013.

MORAIS, Blanco de. *As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português*. *In: Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*, Série IDP, Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni. *Mandado de Injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento*. *In: Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*, Série IDP, Saraiva, 2013.

ORTOLANI, Helen B. *Mandado de Injunção: o desenvolvimento do Instituto*. 2010. Tese de Mestrado em Direito do Estado. Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo.

PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria C. C. *Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção*. *In:* Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação, Série IDP, Saraiva, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz. *Mandado de Injunção: origem e perspectivas*. BDA (São Paulo), v. 11, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais,798 – 2002.

STURZENEGGER, Ricardo. *Novas Perspectivas sobre o Mandado de Injunção*. *In: Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*, Série IDP, Saraiva, 2013.

XIMENES, Julia Maurmann (Org.). *Judicialização da Política e Democracia*. 1a ed. Brasília: IDP, 2014.

ZAVASCKI, Teori. *Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009*. *In: Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*, Série IDP, Saraiva, 2013.

A EFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA SEMIDIRETA PREVISTOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL E UMA BREVE REFLEXÃO ACERCA DO RECALL

Anna Carolina Moraes Ribeiro Maia

INTRODUÇÃO

O momento em ocorreu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, foi marcado pela euforia decorrente do momento em que ficou consagrado como a redemocratização do Brasil que trazia consigo promessas de diminuição das desigualdades, progresso e democracia.

Plesbicito, referendo e iniciativa popular são mecanismos de participação semidireta, inovadores no sistema político constitucional. Através deles se permite uma maior integração entre governantes e governados. Em relação aos três institutos se faz imprescindível a condição de cidadão para fins de atuação.

Por certo que não seria possível estabelecer uma discussão acerca do significado de democracia em razão da profundidade a qual este assunto demanda, bem como não se trata do objeto deste trabalho.

O que se busca é uma reflexão após quase trinta décadas de vigência de uma Constituição que trouxe tantos avanços em seu corpo, dentre eles mecanismos de participação democrática inéditos.

Vale o questionamento acerca de seu efetivo emprego no decorrer dos últimos anos, pois o que o passar do tempo demonstra o seu emprego em episódios praticamente pontuais, o que promove um questionamento sobre os reais motivos pelos quais estes mecanismos democráticos não vêm sendo utilizados.

Além disso, se entendeu necessária uma abordagem acerca do instituto do *recall*, não incorporado no Brasil, mas que fora objeto de projeto de emenda, atualmente arquivada. Seria este instrumento de origem norte-americana capaz de permitir um maior controle dos indivíduos em um momento em que se vive uma crise democrática?

Posto isto, este trabalho tem por propósito motivar uma breve reflexão acerca da quantidade de mecanismos postos à disposição do cidadão brasileiro, mas que pouco são utilizados na prática. A carência de uma educação participativa certamente contribui em muito para este quadro.

1. PLEBISCITO

Adota o Brasil um modelo de participação direta – o voto, bem como três modalidades de participação semidireta, se estabelecendo a combinação do sistema de representação do povo conjugado a institutos que preveem a atuação direta dos cidadãos (PINHO, 2012, p. 156).

O plebiscito se verifica a partir de uma consulta aos cidadãos por meio do qual estes são convocados a se manifestar de maneira favorável ou não a respeito de uma determinada proposta de norma em que seu conteúdo é previamente apresentado. Assim, a vigência de uma determinada norma passará previamente ao crivo da vontade popular.

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

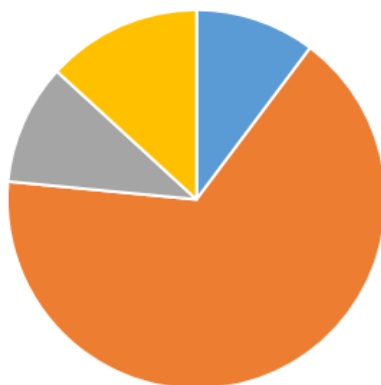
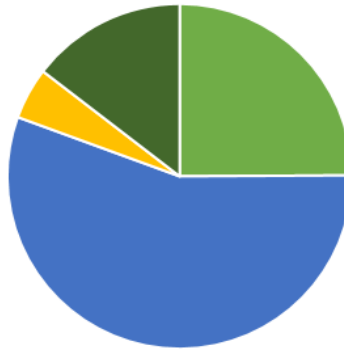
Acrescente-se ainda a carência de educação acerca da cidadania, como defendida por teóricos políticos, como Carole Pateman (PATEMAN, 1992, p. 61). A ignorância nos assuntos políticos dos indivíduos acerca de tais recursos previstos expressamente no texto constitucional brasileiro vigente auxilia no quadro de inércia no que diz respeito a iniciativas participativas dos eleitores.

> O plebiscito ou referendo como instrumento da democracia direta ou semidireta procura atenuar o formalismo da democracia representativa. A sua utilização não será efetiva, porém, sem que se identifique um adequado nível de politização da população. Daí verbalizar Canotilho o seu ceticismo quanto à possibilidade de as fórmulas plebiscitárias poderem corrigir as distorções do sistema democrático-representativo (MENDES, 2015, p. 737).

Tais mecanismos democráticos permitem uma aproximação entre cidadãos e Estado, sendo a iniciativa popular a mais próxima daquilo que se tem por participação popular, uma vez que decorre da atuação do povo para fins de promover o início de seu processo. De maneira diversa, o referendo e o plebiscito necessitam da ação do Estado para fins de obter a aprovação popular acerca de um regramento legal e encontram sua regulamentação na Lei 9.709/98[18].

---

18. Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2 O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou

Momento histórico vivido no Brasil foi o plebiscito ocorrido no dia 21 de abril de 1993 para fins de escolha pela forma de governo em monarquia ou república e pelo sistema parlamentarista ou presidencialista.

administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.
Art. 3 Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

Como se conclui a partir dos dados constantes nos gráficos, por ampla maioria venceram a forma de governo republicana e o sistema de governo presidencialista. Manteve-se, assim, o mesmo modelo desde a Proclamação da República em 1889, excetuando-se apenas o período entre 1961 a 1963, em que o Brasil, momento em que o houve a renúncia do Presidente Jânio Quadros e a sucessão de João Goulart, o seu vice.

Em âmbito regional, houve no ano de 2011 plebiscito no estado do Pará para fins de chamamento da população a se manifestarem sobre a possível separação do estado em três novos: Pará, Carajás e Tapajós. Foi observado o art. 4º da Lei 9.709/98[19], que requer a aprovação da população diretamente afetada pela alteração, neste caso, a divisão do território paraense. Por ampla maioria manteve-se a unidade do Estado[20].

---

19. Art. 4º A incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, dependem da aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito realizado na mesma data e horário em cada um dos Estados, e do Congresso Nacional, por lei complementar, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas.

20. Fonte: TSE

2. REFERENDO

De maneira inversa ao plebiscito, o referendo consiste da aprovação ou não em momento posterior à elaboração de uma determinada norma pelo povo. Sendo assim, através do voto, a população poderá acolher ou não uma determinada norma elaborada. Pode se dizer, assim, que será ratificada ou rejeitada uma determinada norma.

> No plebiscito ou referendo, a validade da norma constitucional é condicionada à consulta popular anterior ou posterior à sua elaboração. Nesse eito, os institutos da democracia semidireta são bipartidos pelo critério temporal, sob a argumentação de que a consulta do plebiscito é anterior, cumprindo ao povo aprovar ou denega, enquanto que a consulta do referendo é posterior à produção da norma constitucional pelo poder constituinte originário, cumprindo ao povo ratificar ou rejeitar o que lhe tenha sido submetido (MORAES, 2014, p. 31).

No ano de 2005 houve um referendo no Brasil para fins de discussão acerca da comercialização de armas de fogo e munições que, se aprovado, ensejaria alteração no texto do Estatuto do Desarmamento, Lei 10. 826/2003. Em razão do notório interesse difuso, se entendeu necessária a consulta ao povo a fim de deliberar se o comércio para armas de fogo e munições deveria ser proibido no Brasil.

> DECRETO LEGISLATIVO Nº 780 DE 07/07/2005 – EMENTA: Autoriza referendo acerca da comercialização de arma de fogo e munição em território nacional, a se realizar no primeiro domingo do mês de outubro de 2005. INDEXAÇÃO: Autorização, Realização, Re-

ferendo, Consulta, Eleitorado, Correlação, Comercialização, Arma de fogo, Munição, Território Nacional.

Nesse sentido, a Comissão dos Direitos Humanos e Minorias apoiou o desarmamento da população, elaborando campanha para tal fim[21]. A intenção era conscientizar pessoas para que declarassem aprovação em relação ao desarmamento. A campanha teve o apoio de entidades da sociedade civil e parlamentares defensores dos direitos humanos.

A população compareceu às urnas e decidiu pela não alteração, rejeitando a nova norma. Por conseguinte, o art. 35 que havia sido elaborado para fins de alteração da lei foi excluído. Atualmente há todo um processo para a autorização para a posse de arma pelo cidadão comum em sua residência que se inicia com o seu registro quando de sua aquisição.

Dados constantes do sítio do TSE informam que na capital fluminense 38,11% aprovou a alteração contra 61.89% que rejeitou. Em âmbito nacional 36,06% apoiou a modificação contra 63,94% que recusou a nova redação trazida pelo art. 35 do Estatuto do Desarmamento[22].

3. INICIATIVA POPULAR

Quanto à iniciativa popular esta configura meio concedido aos cidadãos de um determinado Estado para fins de apresentação de um projeto de lei a ser levado ao órgão competente para fins de inaugurar um processo de tramitação e posterior

21. A aprovação do decreto legislativo sobre o referendo foi considerada pela presidente da CDHM "uma vitória de todos os que lutam pela vida, tendo em vista que o desarmamento terá como consequência uma redução significativa nas mortes decorrentes do uso de armas de fogo." Pesquisas, já publicadas na imprensa, apontam para uma redução no número de vítimas por armas de fogo na rede de saúde do Rio de Janeiro e São Paulo, estados recordistas no recolhimento de armas durante a campanha do desarmamento. No Rio de Janeiro a redução foi de 10,5% e, em São Paulo, 7%.

22. Gestor Responsável: Tribunal Superior Eleitoral.

aprovação ou não de seu conteúdo. Portanto, diz respeito à uma das formas de deflagração do processo legislativo.

O Brasil prevê de maneira expressa este mecanismo conforme previsão contida no art. 61 da CRBF/88. Assim, observados os requisitos previamente estabelecidos será elaborado um projeto de norma infraconstitucional a ser submetido ao Congresso Nacional. Observe que o conceito acima apresentado corresponde à iniciativa *lato sensu*, sendo que a análise aqui buscada diz respeito à iniciativa do povo, portanto, relativa tão somente a leis ordinárias e complementares.

> **Art. 61.** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
>
> **§ 2º** A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Dessa maneira, respeitado o quórum mínimo para fins de proposta, torna-se viável um projeto de lei de interesse do povo, para tanto é necessário observar a qualidade de cidadão para fins de contabilizar o quantitativo mínimo previsto constitucionalmente. Além disso, em observância ao Princípio da Simetria, há obrigatoriedade quanto aos seus requisitos em relação aos demais entes federados (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 1.035).

Ainda que disponibilizado um instrumento como a iniciativa popular sua eficiência não corresponde à evolução do texto constitucional, uma vez que a forma com a qual são estabelecidos os trâmites para fins de seu alcance encontram obstáculos diante de uma população carente de envolvimento e consciência políticos.

Episódio marcante em 1992 e que ensejou comoção no Brasil foi o assassinato da filha da escritora de novelas da Rede Globo, Gloria Perez. A vítima morreu em decorrência de homicídio qualificado (arts. art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V) praticado por um colega de profissão e sua esposa. Ocorre que ao tempo do crime, o tipo penal não estava no rol de crimes hediondos inserto na Lei 8.072/90, a qual estabelece tratamento mais rigoroso aos agentes condenados pela prática de crimes dessa natureza.

Em razão disso, a escritora, se utilizando de sua popularidade, aliada ao fato da brutalidade com a qual o crime havia sido cometido e de exercer suas atividades laborais para a maior emissora nacional, a Rede Globo, com grande facilidade inaugurou um processo de colheita de assinaturas visando incluir o homicídio qualificado no rol taxativo dos crimes hediondos. Seu empreendimento foi alcançado ao obter 1,3 (um milhão e trezentas mil) assinaturas.

> Lei 8.930/94 – Lei Ordinária
>
> Ementa: Dá nova redação ao art. 1º da Lei 8.072, de 25/07/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.
>
> Chefe de Governo: Itamar Franco
>
> Observação: Houve a coleta de assinaturas, porém o projeto de lei foi encaminhado através de indicação legislativa nº 1, pelo Presidente da Comissão Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do

Estado do Rio de Janeiro, aprovada por unanimidade do colegiado. Portanto, em sua origem não é considerado de iniciativa popular. PLC 113, de 1994 e PL 4.146, de 1993. Exposição de Motivos nº397/MJ, de 25/08/1993.

Contudo, a lei não foi considerada de iniciativa popular, já que em momento anterior foi encaminhado pelo Presidente da Comissão Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro proposta com o mesmo conteúdo. Ao final, houve aprovação e a inclusão do homicídio qualificado como mais uma modalidade de crime hediondo[23].

Na prática a lei não pôde ser imputada aos agentes do crime que ensejou na morte da filha da autora em razão de não estar prevista na lei de crimes hediondos quando da prática do crime. Em se tratando de lei penal, exige-se que a tipificação se verifique em momento anterior à prática do crime. Entretanto, homicídios praticados após a alteração legal já foram submetidos os regramentos mais gravosos da lei 7.082/90.

Diante do caso exposto, apesar de uma proposta com mesmo conteúdo ter sido apreciada em momento anterior, o alcance do número necessário exigido para fins de apresentação de lei de iniciativa popular também já havia sido alcançado e o apoio da mídia nacional para este fim foi determinante. Dessa maneira, as circunstâncias para observância dos pressupostos constitucionais foram facilitadas, o que não se verifica na maioria dos casos do cotidiano que envolva pessoas sem renome e sem apoio midiático.

---

23. Lei 8.930/94 - Art. 1º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:
I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2 , I, II, III, IV e V);

Em um passado recente o Brasil avançou em sua legislação eleitoral com a aprovação daquela que ficou conhecida como 'Lei da Ficha Limpa', a LC 35 de 2010, também oriunda de iniciativa popular. A norma trouxe tratamento mais rigoroso a candidatos que viessem a cometer determinados ilícitos ao trazer sanções mais rígidas, como a inelegibilidade por 8 (oito) anos, a título de exemplo.

Entretanto a LC 135 foi objeto de discussão alegando a sua inconstitucionalidade através da ADI 4.578 e pelas ADC 29 e ADC 30 buscando a declaração de sua constitucionalidade. Em razão do julgamento do mérito influir de forma determinante nas três ações, decidiu o STF pelo julgamento de todas conjuntamente.

A decisão final foi pela não violação da LC 135/2010 à CRFB/88, entendendo-se que a mesma seria aplicável às eleições de 2012 e às seguintes. Em momento anterior o STF discutiu sobre a incidência ou não da norma nas eleições ocorridas em 2010, prevalecendo pela sua inaplicabilidade em placar apertado.

> Diante de todo o acima exposto, conheço integralmente dos pedidos formulados na ADI 4578 e na ADC 29 e conheço em parte do pedido deduzido na ADC 30, para votar no sentido da improcedência do pedido na ADI 4578 e da procedência parcial do pedido na ADC 29 e na ADC 30, de modo a:
>
> A – declarar a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "k", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar 135/10; e
>
> B – declarar parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o art. 1º, alíneas "e" e "l", da Lei Complementar nº 64/90, com redação confe-

> rida pela Lei Complementar nº 135/10, para, em interpretação conforme a Constituição, admitir a dedução, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.
>
> Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, contra os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux (Relator), que a julgava parcialmente procedente, e Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam parcialmente procedente em extensões diferentes, segundo o enunciado em seus votos. Plenário, 16.02.2012.

Como se observa, houve divergência entre o Ministro Relator Luiz Fux e o Ministro Revisor Joaquim Barbosa, inaugurando tese contrária. Prevaleceu o entendimento do Ministro Barbosa no sentido de julgar totalmente procedentes os pedidos formulados na ADC 29 e na ADC 30, por não visualizar violação ao princípio da inocência. Quanto ao mérito da ADI 4.578 o entendimento foi pela sua improcedência.

A grande divergência ao longo do julgamento consistiu sobre a exigência do trânsito em julgado para fins de aplicação das sanções previstas na LC 135/10, compreendendo o relator que se faria necessário. Vale destacar que no ano de 2016 o STF admitiu, com maioria de votos, execuções penais com base em acórdão condenatório de 2º Grau, independentemente do trânsito em julgado da decisão condenatória na ADC 44.

Dessa maneira, a lei de natureza eleitoral supracitada foi um marco contra a improbidade administrativa, dentre tantos outros bens jurídicos caros à sociedade, tendo sido fruto de iniciativa popular. Foi determinante para a sua aprovação a divulgação por

meio de redes sociais e de movimentos engajados em projetos de mudanças políticas. Assim, atualmente se tem a rede mundial de computadores como forte aliada na divulgação de projetos de interesse social e que necessitem do apoio dos cidadãos.

Pelo exposto, os instrumentos de participação semidireta trazidos pela CRFB/88 se apresentam como um progresso em termos democráticos, no entanto sua utilização não se verifica de maneira rotineira no que diz respeito ao plebiscito e ao referendo, os quais necessitam de invocação pelo legislador.

Em relação à iniciativa popular, ter-se-ia como a mobilização do povo em defesa dos seus interesses, entretanto os seus pressupostos para torna-la viável não se apresentam de fácil alcance, uma vez que requer o envolvimento de diferentes unidades federativas com percentuais mínimos estaduais e nacional. A difusão de meios de comunicação pela rede mundial de computadores vem auxiliando este meio.

Posto isto, a educação participativa se faz necessária para fins de uma sociedade menos desigual, conforme compreende Pateman. O conhecimento acerca dos institutos de participação semidireta, bem como do seu potencial em relação de diversas conquistas sociais permite sua maior utilização em prol da sociedade. Além disso, se permite o fomento ao sentimento de valorização por parte dos indivíduos quando de sua atuação.

4. O *RECALL* E O SEU PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Em se tratando de uma sociedade democrática, diversos devem ser os mecanismos a viabilizarem a possibilidade de uma participação dos indivíduos que a compõem. Isso se deve em razão da amplitude pela qual os Estados Nacionais foram alcançando ao longo do tempo, bem como em consonância com a descentralização cada vez maior dos poderes, nos moldes inicialmente apresentados por Montesquieu.

O *recall* é instituto democrático de origem norte-americana, por meio do qual aos cidadãos é conferida a oportunidade de promover o sufrágio para fins de decidir acerca da manutenção ou não de um determinado agente político no poder. Dessa maneira, é um mecanismo de participação direta, cuja base está no satisfatório atendimento das expectativas do povo em relação à atuação de um agente público em relação ao exercício de seu cargo (NOVELINO, 2016, p. 509).

> recall. V. (1) To revoke; to reverse or cancel a judgment. (2) To remove an elected official from office before the end of his or her term. (3) To order an official, particularly a diplomatic official, to come back home and often to relinquish his or her office. (4) To notify consumers of a manufacturing defect in a product and allow them to return the product for repair or replacement. N. recall (BLACKWELL, 2008, p. 415)

Em seu país de origem o *recall* é passível de invocação para análise de agentes integrantes de qualquer dos poderes constituídos, bem como funcionários públicos *lato sensu*. Trata-se de mecanismo não inserto pelo ordenamento brasileiro, mas que poderá se tornar uma realidade no futuro do direito pátrio.

> A representação com cláusula de revisão é um meio termo entre as democracias liberal e direta, permitindo adaptações ao consenso prévio (eleitoral) no curdo dos mandatos, evitando que o erro na escolha dos representantes comprometa a estrutura do sistema. A simples inclusão da revisão como regra do jogo democrático funciona como medida de eficiência, impondo aos detentores de mandatos maior

> fidelidade à vontade do corpo político e aos seus compromissos eleitorais (TOMAZELI, 1999, p. 124).

Na América Latina o *recall* possui previsão na Constituição da Venezuela de 1999, conforme se extrai de seu art. 223:

> Artículo 223. La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento.
>
> Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.
>
> Esta obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que esta Constitución consagra.

A implementação do instituto não foi inserida no corpo constitucional brasileiro, entretanto sua ideia já constou em recente proposta, o que pode levantar futuros debates acerca do tema. Além do *recall* e das formas já existentes de participação semidireta, outros instrumentos como as audiências públicas merecem maior utilização para fins de ampliação de debates e maior cooperação entre os membros de uma sociedade e o Estado.

A proposta de emenda constitucional acerca da matéria foi apresentada no ano de 2005 pelo Senador Eduardo Suplicy, promovendo algumas alterações no art. 49 além da inserção do art. 14-A na Constituição da República de 1988, sendo nomeado o instituto como referendo, porém seguindo moldes semelhantes aos da iniciativa popular para a sua implementação.

O mecanismo apresentado seria menos amplo que o norte-americano, uma vez que alcançaria tão somente membros integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, que poderiam ter os seus mandatos revogados a partir do exercício de um ano de seus mandatos.

Nem sempre a escolha através do voto, propiciará o atendimento dos anseios sociais, voltados ao bem comum. Por vezes haverá a escolha equivocada ou mesmo a escolha de um representante que se apresentava ao tempo de campanha comprometido a enveredar esforços por determinadas causas, mas que posteriormente fora tomado por sentimentos egoísticos e descompromissados com seus eleitores.

Sob este ponto de visto poder-se-ia visualizar o *recall* como uma espécie de mecanismo através do qual os cidadãos poderiam revisar os votos depositados nas urnas e que resultaram na escolha de um determinado representante. Seria uma forma de controle direto do povo em relação aos candidatos eleitos que assumiram o compromisso de buscar a implementação dos deveres constitucionais e legais determinados a eles em prol de toda uma sociedade, mas que não vem atuando a contento do povo.

> Assim, as crises de representatividade, embrionárias já no próprio conceito rousseauniano da democracia parlamentar, com ela coexistirão, fatalmente podendo eclodir sempre que se registrem defasagens graves entre o que o povo demanda e o que os governos proveem, não existindo solução mais sensata que a de ampliar a participação e diversificar suas formas de realização, com vistas a restabelecer um desejado equilíbrio entre a prática da democracia direta e da indireta (MOREIRA NETO, 2014, p. 61).

Dessa maneira, se apresenta o *recall* como um mecanismo de controle de um povo sobre aqueles que exercem atividade de poder. A sua viabilidade em muito contribui para fins de uma sociedade participativa, bem como forma a impedir eventuais arbitrariedades por parte dos representantes do povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, se constata que a simples previsão constitucional de instrumentos que viabilizem a participação democrática, ainda que em sua forma semidireta, não são suficientes como garantia de uma sociedade mais ativa politicamente.

Em que pese a sua pouca utilização vale uma reflexão de novos institutos, como é o caso do *recall*. O projeto de emenda constitucional nº 73 demonstra que já houve alguma atuação parlamentar no sentido de exportar o instituto. Ainda sim se faz necessário amplo debate para fins de delimitação da amplitude de sua incidência, já que nos Estados Unidos o alcance abrange agentes políticos *lato sensu*.

Portanto, há que ser considerado que nem sempre um instrumento alienígena possa ser implementado de maneira idêntica, uma vez que cada Estado possui suas características estruturais e sociopolíticas.

Assim, conforme o conteúdo exposto ao longo do presente trabalho se propõe uma reflexão sobre a carência no que diz respeito a uma educação participativa da população, o que decorre de inúmeros fatores, dentre eles a carência de boa parte da população em relação aos direitos sociais, o que impede o desenvolvimento das potencialidades particulares de cada indivíduo.

Vale somar ainda a cultura de inércia vivida no Brasil desde os tempos mais remotos de Colônia, até os dias atuais, em sua sexta República. A ignorância acerca da importância de politização dos cidadãos agrava substancialmente este quadro, gerando um quadro de apatia política.

Posto isto, ainda que de forma breve buscou-se uma breve análise, levando em conta dados empíricos e teóricos a respeito do comportamento do cidadão brasileiro diante de um Estado formalmente democrático, mas que carece de efetiva atuação participativa em uma sociedade livre.

REFERÊNCIAS

BLACKWELL, Amy Hackney. **The Essencial Law Dictionary.** 1ª ed. Naperville: SphinxLegal, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. Planalto. Disponível em <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.930-1994?OpenDocument>**. Acesso em 25 de maio de 2017.**

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>. Acesso em 7 de abril de 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** Disponível em <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-de-1993>. Acesso em 28 de maio de 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. Salvador: JusPodium, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Relações entre poderes e democracia:** crise e superação. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JusPodium, 2016.

OAS. **Constituição da República Bolivariana da Venezuela.** Disponível em <http://www.oas.org/Juridico/mla/pt/ven/index.html>. Acesso em 15 de maio de 2017.

PINHO, Rodrigo César Rebello**. Da organização dos Estados, dos poderes e histórico das constituições.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMAZELI, Luiz Carlos. **Entre o estado liberal e a democracia direta:** a busca de um novo contrato social. 1ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

DEMORACRACIA DELIBERATIVA HABERMASIANA E O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

Artur Alves Pinho Vieira

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca compreender como uma participação popular mais efetiva poderia ajudar na questão de um real engajamento democrático dos cidadãos de nossa sociedade.

Secundariamente, devido à dificuldade em satisfazer as demandas concernentes aos direitos sociais é que surge o problemático excesso de judicialização. Porém, partindo-se do princípio de que há verdadeira necessidade dessas demandas por parte dos cidadãos, não seria melhor ser satisfeita essa vontade da população em momento anterior à judicialização? Não seria possível, logo no início de todo esse processo satisfazermos essas demandas? Assim, na elaboração da peça que determina os gastos, ou seja, no orçamento esses pedidos já poderiam serem satisfeitos diretamente pelo próprio cidadão, mais especificamente, através de um procedimento, de um orçamento em que ele tivesse voz, ou seja, o orçamento participativo.

Objetivou-se, assim, apresentar possibilidades realistas para a concreta implementação desses direitos fundamentais sociais,

especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil, e ainda, mais especificamente, defender uma maior participação social do que a mera presença de dois em dois anos nos pleitos para prefeito ou presidente, por exemplo, independente do resultado de tal deliberação, a partir do orçamento participativo, entendido como instituto concretizador dos direitos fundamentais e fundamentais sociais.

Utilizando-se dessa figura do orçamento participativo, mais adiante detalhada, buscamos fundamentar a inter-relação entre os temas estudados ao longo deste trabalho quais sejam, democracia deliberativa de acordo a teoria habermasiana e participação popular.

Tal participação poderia ser concretizada por meio de uma democracia deliberativa. Esse estilo de democracia encontra respaldo no pensamento do autor alemão Jürgen Habermas, que é o marco teórico desse projeto

Em um primeiro momento, o foco é o alicerce teórico de Habermas, principalmente na questão da democracia deliberativa. Por fim, trataremos da discussão do orçamento participativo.

1. PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA EM HABERMAS

Jürgen Habermas, nascido em 1923, em Düsseldorf, na Alemanha é tido como o principal representante contemporâneo da Teoria crítica, sendo associado à Escola de Frankfurt[24] (MACEY, 2000) e, para melhor entender sua obra e sua aplicação nesse trabalho, temos que entender as vantagens de se compreender problemas jurídicos no bojo de sua teoria discursiva, tendo em vista que esse autor será o marco teórico do presente trabalho.

24. Na verdade, não há consenso se Habermas é filiado ou não à essa escola, segundo Gustin Miracy (2009, pp. 173-175), Habermas "...possivelmente não assume é o pessimismo da Escola após os anos 40 e o apego de seus seguidores à razão instrumental."

Após esta construção inicial, os esforços serão concentrados em sua obra Direito e Democracia, pois esta é sua principal obra jurídica e apresenta o conceito de formação legítima do Direito o qual não abandonaremos em nosso trabalho. Nas palavras de Jürgen Habermas (2003a, p.50):

> A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e dos costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade das regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional- ou o fato de elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais.

Nesta forma de encarar a ciência jurídica não podemos entender a sua legitimidade a não ser atrelando-a uma ideia de democracia, e consequentemente a possibilidade de todos os indivíduos participarem de discussões em que suas vidas serão afetadas. Todos serão senhores de si mesmo, pois uma norma só poderá ser criada e, posteriormente imposta, caso seja fruto do entendimento discursivo de seus destinatários.

Nas sociedades tradicionais, era possível pensar em um ponto comum que sustentava a imposição das normas jurídicas, como por exemplo uma força metafísica, mas a socieda-

de moderna, caracteriza-se por uma sociedade desencantada e plural, e por isso, só será possível buscar regras para a coletividade que possam ser aceitas por ela própria, ou seja, que gozem da legitimidade discursiva.

Assim, na contramão de todo o movimento filosófico da desconstrução e contextualização da razão, Habermas desenvolve uma racionalidade comunicativa universal, com pretensão de resgatar no mundo da vida de cidadãos com capacidade de ação e linguagem, os ideais de vida boa de uma sociedade oprimida pelos meios de integração sistêmica como o dinheiro e o poder. A ação comunicativa passa então a constituir um tipo de racionalidade abrangente e, ao mesmo tempo, sensível às dinâmicas de coordenação das ações sociais, capaz de servir de base para um entendimento orientado a pretensões universais de validade, onde a única coação admitida é a força do melhor argumento.

Assim, nosso enfoque será o mesmo de Jürgen Habermas, pois este é considerado o autor da democracia e nosso trabalho pretende percorrer um caminho que fomente a criação de orçamentos mais legítimos, ou seja, com a participação do maior número de interlocutores possível, o transformando em um instrumento verdadeiramente democrático para que os interesses do povo sejam realizados.

1.1 DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Especificamente aqui, chegamos ao núcleo teórico do presente trabalho. Habermas elege como meio adequado de lidar com os conflitos e dissensos supracitados a "ação comunicativa", que seria a discussão racional e livre de barreiras entre os participantes.

Aqui, segundo Nobre (2008, p.21):

> ...o objetivo não é o êxito, não é o cálculo dos melhores meios para se alcançar fins previamente de-

> terminados; a ação comunicativa tem por objetivo o entendimento entre os participantes da discussão. Da perspectiva da ação comunicativa, é essencial que se faça ouvir o maior número possível de vozes, de opiniões e de questionamentos sem restrições.

Assim, precisa-se que as instituições democráticas não limitem as possibilidades de discussão, devendo-se permitir o maior número possível de opiniões, valores e objetivos. Em resumo, deve-se almejar a maior participação social possível nesse contexto.

Essa noção de participação popular como real forma de democracia é tão importante para Habermas que ele propõe um terceiro tipo de democracia (as outras são a democracia republicana e a liberal), qual seja a deliberativa (HABERMAS, 2002, p. 277):

> O terceiro modelo de democracia que me permito sugerir baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo.

E ele continua (p. 277):

> O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um auto-entendimento mútuo de caráter ético, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica, de uma escolha de instrumentos racional e voltada a um fim específico e por meio, enfim, de uma fundamentação moral.

O modelo de democracia deliberativa baseado na teoria do discurso de Habermas tem alguns elementos dos dois tipos supracitados: “Ora, a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisões.” (HABERMAS, 2003b, p. 19). Mas “sua preocupação volta-se para o procedimento de deliberação e de tomadas de decisões: as regras do discurso e as formas de argumentação (...) serão o contexto privilegiado para o exercício da razão prática” (ROCHA, 2008, p. 180).

Habermas propõe uma “nova formulação dos princípios do Estado de Direito” (p. 180) e o primeiro deles é o da soberania popular que, segundo Rocha, preconiza que (p. 181):

> ...os cidadãos devem criar as próprias leis que os vinculam, mediante um procedimento democrático institucionalizado em que discursos – e também negociações – são estruturados de modo que as questões políticas recebam um tratamento racional.

Esse primeiro princípio é completado pelo do pluralismo político, pois segundo Habermas (2003a, p. 214):

> Dá lógica dos discursos resulta também o princípio do pluralismo político e a necessidade de complementar a formação da opinião e da vontade parlamentar, bem como os partidos políticos, através de uma formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos.

Sobre democracia deliberativa, Mendonça diz que (2008, p. 250):

> Em termos simples, cuida-se da exigência de que os atos estatais sejam inseridos em um contexto de

> discussão livre e ampla, informada pela necessidade de que as decisões sejam acompanhadas de argumentos racionais, que devem ser sustentados por seus defensores. Afasta-se a idéia de que a decisão emanada da autoridade deve ser impor por si mesma, em todos os casos e de forma generalizada. A valorização dos argumentos nas instancias formais de representação deve reverberar em um espaço público não-oficial e não-hierarquizado, que acaba exercendo um controle difuso, mas permanente, sobre as decisões produzidas e sobre a própria pauta dos canais oficiais.

Segundo Sampaio, Maia e Marques (2010, p. 448):

> Habermas (1996) defende uma verdadeira soberania popular e através de seu modelo deliberativo explica como o poder comunicativo se relaciona com o administrativo. O objetivo do autor é apresentar as condições para a gênese legítima da lei, em um esforço heurístico dedicado a pensar formas mais robustas de práticas democráticas. A chave fundamental destacada por Habermas seria a troca de razões entre os agentes do jogo político, fomentada pela instauração de processos discursivos que tenham a capacidade de reverberar sobre a estrutura estatal.
>
> (...) A deliberação seria, assim, a busca, através de práticas discursivas, da "melhor solução", ou ainda, daquela mais válida, justa e verdadeira. Ela propõe trazer à tona modos de lidar com conflitos que, de outra forma, dificilmente encontrariam solução. Os processos de formação da opinião e da deliberação influenciam as preferências dos participantes, pois permitem filtrar os temas, as contribuições, as informa-

> ções e os argumentos em disputa. Assim, idealmente, apenas as razões "válidas" conseguem atravessar os filtros de negociações e dos discursos racionais, ganhando importância para as tomadas de decisões.

Assim, Habermas diz que "De acordo com o resultado de nossas considerações sobre a teoria do direito, o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático" (2003a, p. 18).

Aqui não cabe apenas o tradicional procedimento democrático de simplesmente ir às urnas votar em algum candidato ou partido político de dois em dois anos, mas sim ter uma participação mais acentuada nos rumos do governo. Vitale e Melo dizem que (2008, p. 227):

> Os defensores da democracia deliberativa rejeitam essa concepção "estreita" de participação e formação da opinião e da vontade, uma vez que se requer, na verdade, uma deliberação autentica, ampla e inclusiva, e não a simples expressão de preferência por alguém.

Segundo Bernard Manin (1987, pp. 351-352), "a fonte da legitimidade não é a vontade pré-determinada dos indivíduos, mas sim o processo de sua formação, que é a própria deliberação". De acordo com ele, as decisões políticas são impostas a todos, logo, nada mais coerente que todos tenham deliberado sobre determinado assunto ou, ao menos, tenham tido o direito de participar de tal decisão, para melhor legitimá-la (p. 352).

A legitimidade, para Habermas, está presente não apenas no momento da decisão em si da população, mas principalmente nos momentos anteriores à esse ato cívico, ou seja, na formação da opinião e da vontade dessas pessoas (VITALE; MELO, 2008).

Nesse sentido, temos Lubenow (2010, p. 245):

> A concepção deliberativa da democracia considera a participação dos cidadãos nas deliberações e nas tomadas de decisão o elemento central da compreensão do processo democrático. Nesse sentido, focaliza os elementos formais e normativos, como a exigência do aumento da participação dos cidadãos nos processos de deliberação e decisão e o fomento de uma cultura política democrática. O procedimento da deliberação não é apenas uma etapa de discussão que antecede a tomada de decisão. Mais do que isso, ela tem o objetivo de justificar as decisões a partir de razões que todos poderiam aceitar. Esse é o procedimento deliberativo da razão pública: fornecer um espectro de razões que poderiam seria aceitas por todos os possíveis atingidos, ainda que nem todos compartilhem com o tema ou o assunto em questão, ou com a mesma filosofia de vida.

Ainda no que diz respeito à legitimidade das normas, Habermas ensina que (2003a, p. 50):

> A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pre-

> tensão de validade normativa; e o que conta, em última instancia, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vistas pragmáticos, éticos e morais.

Vitale e Melo ainda apontam mais uma vantagem desse sistema deliberativo (2008, p. 227):

> Através de um processo de discussão pública com uma pluralidade de outros diferentes cidadãos, as pessoas podem obter novas informações, aprender a partir de outras experiências diferentes de problemas coletivos, ou mesmo concluir que suas opções iniciais estavam baseadas em pré-concepções, ou mesmo ignorância.

O direito é o sistema do mundo da vida que possui como característica fundamental a impositividade. Assim, é possível uma relação dicotômica em relação às suas proposições mas que acarretam a mesma consequência fática. Em outras palavras, ou o Direito se impõe em virtude de sua facticidade (força) ou em virtude da internalização da norma, ou seja, em virtude de sua internalização pelos destinatários (validade).

Simioni (p. 514), ao empreender uma cuidadosa análise da obra Direito e Democracia de Jürgen Habermas descreve essa situação da seguinte forma:

> O direito disponibiliza, assim, para seus destinatários, a seguinte discrição: os seus destinatários podem tanto considerar as normas jurídicas somente como restrições de seus espaços de ação para adotarem uma atitude estratégica de cálculo sobre

> possíveis consequências sancionatórias do direito, quanto, observar as disposições normativas do direito por simples respeito à lei. A tensão entre a facticidade e a validade é, portanto, também uma tensão entre obediência das normas jurídicas pela coerção fática e a obediência porque são legítimas.

O direito moderno não pode escorar-se apenas na facticidade, sob pena de ser considerado um direito arbitrário. Assim, como elemento intrínseco ao mundo jurídico, o orçamento para deixar de ser arbitrário não pode ser imposto, ou seja, gozar apenas de uma facticidade, ele tem que ser legítimo, da mesma forma que as demais normas jurídicas, que devem possuir a sua validade na interação comunicativa entre os cidadãos.

Segundo Lubenow (p. 240):

> Até aqui vimos que a concepção de política deliberativa é abordada principalmente sob o aspecto da legitimação. Vimos também que a noção de "procedimento" da política deliberativa é o cerne do processo democrático habermasiano. Ao ser forjado na esfera pública, o procedimento (e o que dele resulta) fornece a base elementar de medida da legitimidade, e, nesse sentido, também o fundamento ou a justificação normativa. O sentido normativo da esfera pública é conferir força legitimadora ao procedimento da política deliberativa; o sentido normativo reside na força legitimadora do processo de discussão e deliberação que se desenrola no seu interior. O processo democrático da deliberação carrega o fardo da legitimação. E daqui brota o "poder comunicativo". O poder comunicativo é o "poder" que resulta do procedimento deliberativo de discussão e deliberação, que toma forma na esfera pública

> e que geralmente é contraposto à esfera do poder políticoadministrativo. No entanto, em Faktizität..., a esfera pública não exerce poder, mas influência. Esta é a diferença em relação à ideia de "sitiamento" da Theorie. A figuração na esfera pública não pretende o (nem o conflito gira mais em torno do) sitiamento, mas os diferentes tipos de influência. É essa influência que precisa ser mediada. Para tanto, é fundamental o princípio da soberania popular como procedimento.

Em Direito e Democracia, Jürgen Habermas, confere proeminência ao processo legislativo, pois em suas palavras é ele que oferta o "lugar propriamente dito da integração social." (2003a, p. 52). Uma vez que é apenas a interação comunicativa, pautada na busca do melhor argumento racional obtido de forma discursiva, tanto para a formação das normas jurídicas como para a formação do orçamento, o elemento necessário para a justificativa de sua impositividade.

O procedimento que permite a integração e a busca da melhor alocação de recursos, ou seja, na formação de consensos necessita de algumas características que podem ser sem sempre mais implementados, pois é uma questão contrafática. Assim, a inclusão do outro e a condição de cidadãos dos participantes devem representar uma busca incessante por um melhor ponto de funcionamento.

Assim, a inclusão do outro e a cidadania dos interlocutores são essenciais para a formação de um orçamento legítimo, pois a diversidade de proposições deve ser estimulada e nada mais conveniente de pulverizar os participantes, por isso a ideia de incluir todos os possíveis destinatários como autores do orçamento. Soma-se a essa ideia a concepção de que nenhum indivíduo pode participar de forma privilegiada da

formação racional do orçamento, assim, quanto mais concreta for a cidadania dos participantes mais legítimo será a "lei" orçamentária. Jürgen Habermas enfatiza este último aspecto da seguinte forma (*ibidem,* p. 53:

> É no processo legislativo que os participantes de uma interação saem da condição de sujeitos privados, estrategistas, e assume condição de cidadãos. Assim, na condição de cidadãos os membros de uma comunidade jurídica podem chegar a um consenso, livremente obtido pela força do melhor argumento, sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência. Esses princípios podem estar já assegurados pela tradição do mundo vivido, mas também podem ser assegurados através de um entendimento segundo regra reconhecidas intersubjetivamente.

Pensar o orçamento sob esta perspectiva nada mais é do que conferir legitimidade a esta peça orçamentária, para que fins eleitos democraticamente, por intermédio das finalidades constitucionais, sejam efetivamente cumpridos. Assim, a formação de um consenso em relação aos gastos significa uma forma do Estado cumprir a sua finalidade precípua de atender ao interesse dos indivíduos e não de impor a vontade de um pequeno grupo em relação aos demais, fomentando a desigualdade.

2. O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

Em uma etapa final de sua evolução, percebemos que, atualmente, o orçamento público não possui apenas a participação do poder Executivo e do Legislativo, mas também contém a colaboração do cidadão, em um processo chamado de cidadania fiscal (ABRAHAM, 2015). Afinal (p. 99):

> Ninguém melhor que do que o próprio destinatário das políticas públicas para manifestar suas necessidades e prioridades, o que se legitima dentro do modelo federativo de três níveis – União, Estados e Municípios – adotado pelo Brasil, estrutura que melhor permite a capilaridade participativa.

Essa cidadania participativa (cidadania fiscal) consegue se expressar através de previsões legislativas que permitem não só o conhecimento, mas também o envolvimento dos cidadãos nas deliberações orçamentárias e no acompanhamento da sua execução.

Dentro desse contexto, cita-se o *orçamento participativo* (OP) como um meio pelo qual essa colaboração da população se torna efetiva e real. Ele "constitui uma espécie de terceiro centro opinativo de questões orçamentárias, que funciona paralelamente ao Poder Executivo, o qual propõe o projeto de lei orçamentária, e ao Poder Legislativo, que o aprova" (p. 99).

Dessa forma, o processo decisório não se encontra centrado apenas em uma vontade, como a do presidente, por exemplo, mas sim espalhado em vários grupos mais numerosos, ou seja, atingindo níveis maiores de democracia. O governante não pode mais "elaborar o 'seu' orçamento. O possessivo perde seu caráter" (OLIVEIRA, 2014, p. 577).

Com esse tipo de orçamento, nenhum grupo detém o monopólio sobre os processos decisórios, por mais importante ou maior que seja. Isso é ainda mais relevante em um contexto marcado pelo pluralismo (MENDONÇA, 2008, p. 249).

Percebe-se, então, uma maior autodeterminação dos cidadãos (BARROSO; MENDONÇA, 2013), que não ficam sujeitos, como já dito, à vontade de um outro governante.

Ligando a questão do já citado orçamento impositivo à feição democrática da peça orçamentária, Barroso e Mendon-

ça (pp. 286-287) escrevem que não basta uma autorização de despesa, mas sim um real compromisso de gasto nas áreas escolhidas pela população sob pena de inutilidade dessas discussões entre os cidadãos, afinal:

> Para que a discussão tenha relevância prática, o seu resultado deve ser efetivo a priori. De pouco adiantará que a elaboração do orçamento gere intenso debate, acompanhado com interesse pela mídia e pela população, se o Executivo conservar o poder de refazer a maioria das decisões unilateralmente, sem promover a sua inserção formal no espaço público. Além de inefetiva, essa ficção orçamentária ainda ajuda a desviar o foco das reais decisões sobre a alocação dos recursos, assumindo um caráter de satisfação simbólica dos anseios sociais.

O orçamento participativo aumenta o valor democrático das leis orçamentárias, visto que conta com a participação direta da população. Ou seja, a democracia não se esvai apenas no voto popular, que ocorre, em nosso país, de dois em dois anos. Além disso, tal sistema poderia permitir a participação dos cidadãos na fiscalização dessa eventual obra ou prestação de serviços e, mesmo após essa etapa inicial, de instalação desses projetos, poderia ser controlado a qualidade do serviço prestado, por exemplo.

Nesse sentido, Oliveira (p. 625) esclarece que:

> O brasileiro acha, e isso é encarado como um ônus, que democracia é votar, apenas. Democracia, porém, é participação, é discussão dos problemas e busca de soluções. Logo, não se esgota no ato de votar, que é mera escolha. O mais segue depois,

> ou seja, a luta na busca de soluções e o confronto dialético de idéias.

Válido ressaltar que, além de alicerçado em uma forte base principiológica e teórica, conforme já demonstrado, o orçamento participativo encontra respaldo também no mundo legislativo, especialmente no próprio texto constitucional, que prevê a participação popular no planejamento municipal, em seu artigo 29, inciso XII, aqui transcrito:

> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
>
> XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

Mais especificamente, essa figura do orçamento participativo também aparece codificada em algumas passagens do Estatuto da Cidade (lei nº 10.257/2001), em seu artigo 4º, inciso III, alínea "f" e também no artigo 44, conforme se observa abaixo:

> Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
>
> III – planejamento municipal, em especial:
>
> f) **gestão orçamentária participativa**;
>
> Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a **realização de debates,**

> **audiências e consultas públicas** sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

E aqui não se trata de uma idéia utópica, já que, de fato, ela existe no Brasil. Em nosso país, o OP começou a se disseminar na década de 1990, com cerca de cem experiências até 2000 e de 194 até 2004. Durante os anos de 2001 à 2004, cerca de 22% da população brasileira em cidades com mais de cem mil habitantes viviam em um município com OP (PIRES, 2008, p. 57).

Consequência interessante do orçamento participativo é a redistribuição de riqueza, efeito que é explicado por Marquetti e Campos (2008, p. 25):

> A análise das experiências revela que houve uma associação entre participação popular e redistribuição. O estudo de Adalmir Marquetti sobre o caso de Porto Alegre mostra os resultados do OP em termos dos seus efeitos redistributivos nas regiões da cidade e do aumento da oferta de bens e serviços públicos ao longo do período 1990-2004. A participação dos setores de menor renda é apontada como fundamental para que tenha ocorrido um efeito redistributivo do OP em Porto Alegre.

Ainda nesse tema, esses autores comentam agora que a mesma coisa ocorreu na cidade de Belo Horizonte (pp. 25-26).

Existem também experiências já realizadas de orçamento participativo em escala maior, saindo da figura mais comum dos municípios e entrando no âmbito dos estados-membros[25].

---

25. Segundo Henman (2008, p. 164): "Por exemplo, ainda no Estado do Rio Grande do Sul, no mandato de Olívio Dutra (199-2002) houve uma pioneira tentativa de OP Estadual, o que levou à criação de fóruns e conselhos estaduais para a deliberação

Aqui estamos tratando do Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE), oriundo do estado do Acre.

A idéia do orçamento elaborado através da participação popular faz com que a própria população escolha o que ela considera mais importante naquele momento, para a sociedade em que vive. Cabendo a esse povo, por exemplo, elencar o que considera integrante do mínimo existencial, por exemplo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, percebe-se que o orçamento participativo, consubstanciado na idéia de se dar voz ativa aos cidadãos para que eles próprios possam melhorar e até mesmo, criar novas leis, aumenta a o nível democrático dessa população, visto que a presença da possibilidade de real participação popular permitirá um maior debate e engajamento de diversos setores da sociedade.

Esse tipo de orçamento encontra respaldo teórico na democracia deliberativa de Jürgen Habermas, visto que essa prega que o destinatário final das normas seja aquele que as produziram. Válido ressaltar que o ambiente para essa produção precisa ser livre de pressões, ou seja, uma arena de discussão livre, baseada em argumentos racionais.

Esse instituto também encontra fundamentação na noção de facticidade e validade das normas, também defendida por esse autor, visto que as normas criadas pelos próprios cidadãos conseguirão se impor à essa sociedade, visto que, sendo criadas dessa forma, elas teriam maior legitimidade.

Assim, o instituto do orçamento participativo torna concreta aspectos ligados à teoria habermasiana, como a supracitada democracia deliberativa, visto que, é de sua essência, ensejar e necessitar da participação popular efetiva para sua materialização.

---

de prioridades de investimentos. Mas Germano Rigotto (2003-2006) não deu continuidade ao OP estadual".

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Políticas públicas e o federalismo fiscal brasileiro**. In: DOMINGUES, José Marcos (org.). Direito financeiro e políticas públicas. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. **O sistema constitucional orçamentário**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.) Tratado de direito financeiro. Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 270-315.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva: o STF e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas**. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos – Ensaio de sociologia e filosofia do direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Editora Edições Loyola, 2002.

__________________. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

__________________. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. II.

HENMAN, Oliver J. **Democracia participativa na Floresta Amazônica: análise do zoneamento ecológico-econômico do estado do Acre**. In: MARQUETTI, Adalmir; CAMPOS, Geraldo Adriano de; PIRES, Roberto (Org.). São Paulo: Editora Xamã, 2008.

LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos.** Kriterion [online]. 2010, vol.51, n.121, pp. 227-258.

MACEY, David. **The Penguin dictionary of critical theory**. Londres: Penguin Books: 2000.

MANIN, Bernard. **On legitimacy and political deliberation**. Political Theory, Vol. 15, nº 3, pp. 338-368, 1987. Disponível em: http://polisci2.ucsd.edu/democracy/documents/08Manin1987.pdf. Acesso em: 02/07/2015.

MENDONÇA, Eduardo. **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO (Org.), Daniel. Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 6º ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

PIRES, Roberto. **Regulamentação da participação no OP em Belo Horizonte: Eficiência distributiva aliada ao planejamento urbano**. In: MARQUETTI, Adalmir; CAMPOS, Geraldo Adriano de; PIRES, Roberto (Org.). São Paulo: Editora Xamã, 2008.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. **Separação dos poderes e democracia deliberativa**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Rafael Cardoso; MAIA, Rousiley Celi Moreira; MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. **Participação e deliberação na internet: um estudo de caso do orçamento participativo digital de Belo Horizonte**. OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, vol. 16, nº 2, Novembro, 2010, p.446-477. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762010000200007&script=sci_arttext. Acesso em: 23/07/2015.

SEGATTO, Antonio Ianni. **A tensão entre a facticidade e a validade**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMIONI, Lazarotto Rafael. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. **Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

PERSPECTIVA ANALÍTICA ACERCA DA AUTONOMIA DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Bianca Bittencourt de Carvalho
Antonio Cláudio da Silva Neto

INTRODUÇÃO

O presente artigo se dedica à análise da efetividade da competência conferida pela Constituição vigente aos Municípios Brasileiros, considerando que o Princípio da Autonomia dos Municípios sempre esteve implícito no sistema federativo brasileiro; entretanto, esta autonomia foi, por muitas vezes, relativizada pelos governos de exceção.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, contempla a menção expressa do referido princípio em seu artigo 18, caput, do capítulo I referente à Organização Político-Administrativa. Neste sentido, falar em Autonomia Municipal significa dizer que não existe subordinação do Governo Municipal a qualquer comando estadual ou federal no que se refere ao desempenho de suas atribuições ou competências conferidas constitucionalmente e vale destacar, ainda, que, quando o as-

sunto é competência exclusiva ou privativa dos Municípios, por este mesmo raciocínio, as leis municipais, via de regra, hão de prevalecer sobre as leis estaduais e federais na hipótese de conflito de competências.

Na vigência da atual Constituição, depreendem-se quatro aspectos sinalizadores da Autonomia dos Municípios, quais sejam a eleição direta para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, a organização dos serviços públicos de interesse local, instituição e arrecadação dos tributos de sua competência, bem como aplicação de suas rendas e, finalmente, competência para legislar sobre assuntos de interesse local, inclusive suplementando a legislação federal e estadual, no que lhe interessar e for possível.

Importante aclarar que toda a autonomia conferida aos Municípios vem ditada e limitada pelo texto constitucional, isto pela fiel observância ao Princípio da Reserva Legal. Em definitivo, deve-se entender Autonomia sob os prismas da Soberania e Competência, mesmo quando se aborda o tema de intervenção do Estado nos Municípios, sendo necessário que se compreenda que esta é uma exceção, a qual obedece aos estritos limites definidos no artigo 35 da Carta Magna.

1. O NEOMUNICIPALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Erigem-se como pilares estruturantes da Federação Brasileira, na Constituição de 1988, os comandos expressos nos artigos 1º e 18. Na interpretação dos referidos dispositivos, especialmente no que tange à posição do Município no quadro federativo, divergem os doutrinadores, sustentando alguns a absoluta inconsistência da tese da figuração daquele como entidade federativa, e outros, a integração do ente local naquela estrutura. Na primeira corrente, colocam-se, entre outros, Baracho e Silva (1990). Aduzem, em abono à tese, argumentos

como o de que o federalismo não pressupõe o Município como elemento essencial; o da não-participação do ente local na formação da vontade e das decisões do Senado e na prestação jurisdicional; o de que não se lhe reconhece o poder de apresentação de emendas à Constituição.

Sustentam, categoricamente, que a possibilidade de intervenção do Estado nos Municípios mostra a vinculação direta destes à entidade federativa intermediária ou regional, afastando, portanto, a vinculação dos entes locais à unidade federativa aglutinadora ou central, que é a União. Em posição antagônica, colocam-se Bastos, Horta, Ferrari e Santana, entre outros. Sustenta o primeiro:

> Desde o momento em que a Constituição brasileira alçou o Município à entidade condômina do exercício das atribuições que, tomadas na sua unidade, constituem a soberania, não poderia, para ser consequente consigo mesma, deixar de reconhecer que a própria Federação estava a sofrer um processo de diferenciação acentuada, relativamente ao modelo federal dominante no mundo, que congrega apenas a ordem jurídica central e as ordens jurídicas regionais: a União e os Estados Membros. (BASTOS, 1988, p.232).

Por sua vez, referindo-se ao esforço de reconstrução e retificação do federalismo como mérito inegável da Constituição de 1988, Horta assinala:

> Projetou-se, além da edificação reconstruída, para introduzir novos fundamentos e modernizar o federalismo constitucional brasileiro. Entre esses fundamentos, sobressai a singular inclusão do Município

> entre os entes que compõem a união indissolúvel da República Federativa, no artigo inicial da Constituição (art. 1º). Essa eminência do Município não dispõe de correspondência nas anteriores Constituições Federais Brasileiras, nem tão pouco nas Constituições Federais dos Estados Unidos, do México, Argentina, Venezuela, Áustria, Alemanha, Canadá, Índia, Suíça e Austrália. A inovação da Constituição adveio da atração sugestionadora do movimento municipalista, que rompeu o quadro da lógica constitucional e erigiu o Município autônomo em componente da República Federativa. (HORTA, 1995, p. 523).

Ferrari, embora reconhecendo que o federalismo se assenta sobre duas idéias fundamentais – a autonomia das entidades federativas e a participação destas na formação da vontade dos órgãos federais e nas suas decisões –, não nega a integração do Município no condomínio federativo:

> Na Federação brasileira, conforme determina a Constituição Federal, os Municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, autonomia essa limitada pelos princípios contidos na própria Lei Magna do Estado Federal e naqueles das Constituições Estaduais. (FERRARI, 1993, p.62-63).

Na mesma linha, e admitindo a relevância dos argumentos encontrados na doutrina e que eram contrários à tese da configuração do Município como entidade federativa, adverte Santana:

> O fato é que não podemos nos esquecer de que os modelos federativos não podem ser transplantados

> de um Estado para outro. Enfatizamos novamente que cada Estado possui suas próprias características e, assim, tipificam sua estrutura interna. No caso brasileiro é de se dar grande importância a esse aspecto, porque, como sabido, todas essas particularidades que o Município apresenta são, em verdade, notas definidoras dos contornos da nossa fisionomia federativa; são especificidades do ser-federativo-pátrio. (SANTANA, 1993, p.40)

De fato, a Constituição de 1988 introduz significativas alterações na fisionomia do Estado Brasileiro. E, se já não tínhamos uma federação segundo o modelo tradicional, a partir da nova ordem, ela mais se afasta daqueles moldes, pela tonificação de suas peculiaridades. Acentua-se, portanto, a distinção de tratamento dado ao ente local. Ganha este relevância no plano federativo, seja pela excepcionalidade do *status* a ele conferido, seja pela sinalização – pelo menos no plano constitucional – no sentido da inversão do movimento expansionista do poder central. Sobre a importância desse *status* do ente local, lembra Horta (1995, p.523): "a ascensão do Município desfaz antigas reservas que se opunham às relações diretas entre a União e o Município".

Em efeito, a Carta é categórica ao explicitar o Município, na configuração da Federação, mas é pródiga em referências ao ente local: uma leitura de seu texto evidencia a preocupação do constituinte em enaltecê-lo, quer no plano da estrutura do federalismo, quer na partilha de competências, embora seja possível verificar-se, ainda, a persistência de competências centralizadas em relação a uma gama considerável de matérias ou, ainda, no reconhecimento de seu papel como importante agente de políticas públicas, e, especialmente, na dedicação de comandos básicos e preordenadores da lei orgânica municipal.

Sob a perspectiva reconstrutiva do federalismo, acena a Constituição para soluções mediante cooperação entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, consoante disposto no artigo 23, parágrafo único. Além da reconstrução formal e material do federalismo de vocação cooperativa, com ênfase para o ente local, a concepção democrática de Estado é fator de fortalecimento da esfera municipal de governo.

De fato, a Constituição de 1988, acolhendo as reivindicações dos movimentos organizados, firma o compromisso com a igualdade material, reconhece garantia de acesso dos cidadãos aos serviços públicos sociais, consagra a universalização dos benefícios da seguridade social, entre outros, e traça diretriz de participação da sociedade na concepção, execução e controle das políticas públicas, o que põe em realce, sobretudo, o poder local.

Como consequência do agravamento do quadro social e da mobilização de seus agentes, a máquina pública é impactada pela demanda cada vez mais densa e diversificada de benefícios, o que reflete de forma mais clara nas esferas estadual e local, tendo em vista, principalmente, a diminuição da capacidade de investimento do Governo Federal na prestação direta de serviços ou no financiamento das políticas.

A resposta natural seria a criação de mecanismos cooperativos consistentes entre as diversas esferas de governo e entre estas e o setor privado, como recurso indispensável para o enfrentamento das questões relacionadas com emprego, segurança, acesso a equipamentos básicos. O Poder Público deveria conjugar seus esforços buscando sinergia no âmbito da esfera pública estatal e, insuficientes tais esforços, pois o Estado não poderia dispor de todos os recursos e modos de gestão para o atendimento das demandas sociais, invocar-se-ia, também, a integração da sociedade e do próprio setor de mercado.

O quadro de múltiplas demandas e o apelo de participação forçou a precipitação dos processos de descentralização e cooperação, que têm conduzido, nos últimos anos, à formação de várias políticas setoriais, sob novos moldes, alimentadas, também, por tendências internacionais: o SUS, que teve sua matriz na Reforma Sanitária Italiana de 1978; as políticas de controle social, que têm sua inspiração na França socialista.

Esses processos de descentralização e cooperação desenvolveram-se, então, sem os pressupostos das negociações políticas para que a incorporação de ações, serviços e equipamentos se fizesse sem os traumas que se impuseram como resultado da lógica autoritária no traspasse dos serviços sociais. As bases de cooperação federativa revelam-se insuficientes no plano constitucional e sequer estavam disciplinadas pela via legal ou mediante pactos sociais. E, ainda, o vetor da participação popular se conduzia mais em caráter emblemático que consequente, não figurando como instrumento efetivo de controle.

Acrescente-se a isto tudo a ausência da lei complementar preconizada pelo artigo 23 da Constituição da República o que ressai como dificultador da desejável interação ou inviabiliza, na prática, o federalismo cooperativo. Nesse sentido, a crítica de Ferreira, Coordenador do Grupo de Trabalho sobre Descentralização e Federalismo do IPEA:

> Apesar do avanço no reconhecimento da autonomia dos entes federativos, o Texto Constitucional é, porém, falho no que diz respeito a uma definição clara de competências dentro da Federação. (...) Mas a indefinição de perfil da estrutura cooperativa dentro da Federação e a imprecisão das fronteiras de competência faz com que a União dificulte esse processo de descentralização, interferindo na autonomia dos outros níveis de poder. (1999, p. 9).

O certo é que, nesse contexto, o municipalismo passa a ser defendido sob enfoques diferentes e sobre bases ideológicas distintas: como *princípio democrático* e como princípio de engenharia administrativa, com vistas à construção da eficiência na prestação do setor público. Essas ideias, segundo Melo (1999), constituem o núcleo de sustentação do consenso em torno da ideia do neomunicipalismo. O autor sustenta, contudo, ser meramente aparente essa unidade em torno do municipalismo, colocando sob foco o aparente consenso relativo à autonomia do ente local, que, na sua advertência, escamoteia um dissenso muito profundo.

Para ele, o neomunicipalismo brasileiro ou o neolocalismo, como discurso recorrente, há de ser apreendido segundo as conotações que lhe emprestam os núcleos filosóficos subjacentes, os quais, por sua vez, se inscrevem em genealogias intelectuais distintas:

> Na realidade, a idéia de descentralização é hoje lugar comum tanto em uma agenda neoliberal quanto em uma agenda histórica, identificada com a socialdemocracia, uma agenda reformista e, ambas aquelas são simétricas dentro de uma tradição neoliberal. A idéia da descentralização, da devolução de funções e competências a entes subnacionais, equivale a uma estratégia maior de retirada de parcela do poder do Governo central. Este é o Leitmotiv da idéia da descentralização. Da mesma forma, dentro de uma agenda social democrática, histórica, a idéia de descentralização é inteiramente diversa, conquanto aqueles que propugnam pela descentralização e pela autonomia local, em última instância, estão postulando a democratização da gestão e a ampliação do controle social. Na perspectiva da

> teoria econômica, o contraponto é o mercado como mecanismo locativo; sob a ótica da democratização da gestão, a participação do cidadão tem o primado. (MELO, 1999, p.125).

Assim, na prática de descentralização de políticas públicas, não se tem verificado a sintonia entre os entes federativos, o que acarreta irracionalidade de gastos públicos e prejuízo de qualidade da prestação. De igual modo, as parcerias público e privado, por ausência de tradição na realidade, fragilizam-se, na prática, em razão do comprometimento do interesse público e da prevalência da lógica de socialização de ônus e privatização dos benefícios. E, por fim, a participação popular, apesar dos avanços já conquistados, ainda não alcançou o estágio de efetivo controle social.

Demais disso, a nova ideologia municipalista há de se assentar, sim, sobre os pilares da participação, da democratização da gestão, da eficiência do setor público na prestação de serviços públicos, da parceria, mas isso não basta, eis que não pode perder de vista os fatores que desafiam a criatividade e o arrojo das cidades, as quais se colocam como referência de identidade e estratégia de superação da crise contemporânea.

2. CONTEÚDO DAS COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS

Entende-se por competência a capacidade, o poder de atuar, fazer leis, promover políticas, administrar recursos dentro do campo de ação que envolve todo o território de cada uma das esferas de poder, quais sejam: Município, Estado e União. O conhecimento sobre as competências é de fundamental importância para saber em que assuntos ou matérias podem ser propostas políticas, ações e decisões.

Conforme explanado anteriormente, o Estado brasileiro é composto de três esferas de poder, sendo a União, os Estados e os Municípios, cada um com sua competência própria, seu próprio campo de atuação e algumas competências comuns. Estas três esferas possuem poderes diferentes, sendo que alguns são específicos de cada uma, ou seja, exclusivos, e outros são comuns às três esferas (União, Estados e Municípios). As suas competências precisam estar claramente definidas constitucionalmente, evitando-se, assim, que uma esfera de poder invada a competência da outro, como o papel de reforma agrária, o qual somente cabe à União desempenhar, competindo às outras esferas colaborar, realizar parcerias e etc.

É necessário frisar que, por força da Lei Maior vigente no Brasil desde 1988, não existe hierarquia entre as três esferas de poder, sendo todas autônomas, embora tenham abrangências diversas. A União abrange todo o território do país, os Estados, por sua vez, possuem territórios menores que estão dentro da União, e já os Municípios têm territórios menores ainda inseridos dentro dos Estados, o que significa dizer que uma esfera pode ser entendida geograficamente como dentro da outra.

Todas as competências estão definidas na Constituição Federal dos artigos 21 a 24, não podendo ser alteradas, a menos por meio de reforma no texto constitucional.

Cabe às Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais tratar das competências conferidas para as suas respectivas esferas e, neste particular, convém ressaltar que a Carta Magna não tece largamente os detalhes das competências dos Estados, cabendo à Constituição Estadual defini-las; contudo, sem contradizer a Constituição Federal.

A Constituição do Estado da Bahia define, em seu artigo 11, as competências do Estado e, no artigo 59, transcreve os dispositivos da Lei Maior sobre as competências dos Municípios. De

fato, a Carta de 1988 ampliou as competências do Município, pois se verificam, além daquelas definidas no artigo 30, outras mais específicas, sobre política urbana, no artigo 183.

A classificação doutrinária e jurisprudencial para os tipos de competência vem a ser: exclusiva ou privativa; comum e, finalmente, concorrente, na forma como se discorre adiante. Somente uma determinada esfera (União, Estado e Município) pode exercê-la. Logo, a competência exclusiva da União só pode ser exercida por ela mesma e, por outro lado, se é exclusiva do Município, nem o Estado nem a União podem exercê-la, servindo esta regra para todas as demais competências privativas.

Estas esferas são autônomas, ou seja, dentro das suas competências fixadas na Constituição Federal, possuem liberdade de fazer o que for melhor de acordo com sua realidade. Há casos, entretanto, que mesmo exercendo sua competência, ter-se-á que obedecer às certas regras ou diretrizes formuladas por outra esfera. Como exemplo disto, tem-se a criação dos distritos, a qual há de observar algumas diretrizes definidas pela legislação estadual (o número de residências para ser considerado distrito).

No caso do Município, são competências privativas aquelas que se referem ao interesse local, detalhadas na Lei Orgânica Municipal, a saber: limpeza urbana, cemitérios, abatedouros, licença para localização e funcionamento de estabelecimentos, captura de animais, estradas vicinais, estacionamentos, organização de seus serviços.

Em geral, podem-se agrupar estas competências da seguinte forma: serviços públicos (a exemplo de limpeza urbana, iluminação pública, transporte coletivo); ordenamento e uso do solo (plano diretor, vias urbanas, localização de estacionamentos); uso do espaço público (praças, jardins, espaço de propaganda e publicidade); abastecimento alimentar (matadouros, feiras livres, mercados); cultura e lazer (esporte, festas, eventos) e

desenvolvimento local (como o apoio à geração de emprego e renda). Para exercer tais competências, o Município faz leis, autoriza funcionamentos, concede licenças e realiza ações.

A competência Comum refere-se ao poder que tanto uma esfera como outra podem exercer. Trata-se de assuntos nos quais deve haver cooperação, trabalho conjunto. Por exemplo, a política ambiental é de competência das três esferas que, geralmente, atuam em conjunto para preservar florestas, fauna, etc.

Já na competência Concorrente, há algumas matérias a respeito das quais cabe à União estabelecer normas gerais e, às outras esferas, cabe suplementar, adaptando estas regras às peculiaridades regionais ou locais. A exemplo disto, a legislação sobre o Orçamento é de competência da União, Estados e Municípios. Compete à União estabelecer as normas gerais que, neste caso, estão na Lei nº. 4320/64. Já os Estados e Municípios devem elaborar e executar o procedimento orçamentário de acordo com as normas gerais estabelecidas naquela Lei, mas quem decide o quanto vai gastar e em que vai gastar, no caso, é o Município.

As competências privativas dos Municípios estão definidas no artigo 30 da Constituição Federal, podendo, ainda, ser agrupadas nas categorias: Legislativa, Tributária, Financeira, Administrativa e Políticas Públicas Municipais.

A competência Legislativa está prevista no artigo 30 incisos I, II, sendo próprio do Município legislar sobre assuntos de interesse local, além de suplementar a legislação federal e estadual no que lhe couber. Para podermos entender o que significa assuntos de interesse local passaremos a dar alguns exemplos que estão presentes no dia a dia do Município.

Quanto à competência suplementar da legislação federal e estadual, podemos definir como sendo as regras pelas quais a União ou Estados podem legislar de forma geral, ou seja,

utilizando-se de diretrizes gerais, cabendo ao Município, por sua vez, suplementar a legislação, adaptando-a aos interesses e peculiaridades locais. Como exemplo disto, a desapropriação de imóveis, licitação e contratos e seguridade social.

A competência tributária não diz respeito apenas a elaborar e aprovar a legislação específica - Código Tributário Municipal - ajustada às normas gerais do Código Tributário Nacional, mas principalmente arrecadar os impostos, taxas e contribuições.

Para uma melhor compreensão, cabe elencar quais são os impostos e taxas municipais: IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano); ISS (Imposto sobre Serviços); ITBI (Imposto de Transmissão Inter Vivos); Taxa de Serviços (cobrança de determinados serviços prestados ao contribuinte, a exemplo da taxa de iluminação pública); Taxa pelo serviço de polícia (pagamento para licença de serviço); Contribuição de Melhoria (pagamento em decorrência de melhorias urbanas em determinada área, as quais valorizam os imóveis situados naquele local) e, finalmente, Contribuição Social de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais.

Convém ressaltar que a competência Tributária do Município envolve fixação de alíquotas, dentro dos limites, isenções, incentivos prazos, etc, sendo vedada a criação de novos impostos.

A competência Financeira diz respeito à gestão de recursos públicos, quais sejam patrimônio, rendas e tributos; contudo, a aplicação destes recursos exige sua previsão a qual é feita pelo Processo Orçamentário (PPA - Plano Plurianual, LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias, LOA - Lei Orçamentária Anual). A receita pública envolve não só a cobrança dos tributos, como a receita oriunda da renda do patrimônio público, dos preços públicos cobrados pela prestação de serviços por parte do poder público municipal.

A competência financeira está vinculada à competência tributária, mas vai além, pois não se resume a gerir as receitas dos tributos e de outras fontes (patrimoniais, serviços, aplicação financeira, convênios e empréstimos), como também as despesas de custeio e de investimento. Esta competência hoje está regulada pela Lei de Responsabilidade Fiscal que exige uma gestão fiscal rigorosa de forma a não ocorrer desequilíbrio entre receita e despesa e uma série de atos do Poder Público visando a maior transparência perante a sociedade (divulgação de relatórios, acesso às contas, audiências públicas).

O Município administra de forma autônoma os seus bens e serviços e, para isso, é preciso regulamentá-los. Muitas das atividades desenvolvidas nas competências legislativa e financeira são traduzidas em medidas concretas através desta última competência, logo, as leis são executadas, atos são praticados e as políticas públicas previstas no orçamento são realizadas. Importante hachurar que, para proceder às compras de equipamentos ou materiais, é necessário procedimento licitatório prévio.

Neste mesmo sentido, para admissão de pessoal é necessário, por imposição constitucional, realização de concurso público e, assim, sendo, são estes atos e normas que o regulam os que compreendem a competência administrativa. A aquisição de bens e equipamentos, a concessão ou autorização de serviços, a utilização do poder de polícia para fazer cumprir as leis, também, fazem parte da competência administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Município Brasileiro, de inspiração portuguesa, foi introduzido na Colônia, tendo como modelo institucional de gestão o "Concelho Lusitano", transplantado da experiência urbana de Portugal para a nova sociedade política, assentada, especialmente, sobre bases rurais.

O processo histórico de estruturação da municipalidade, entre nós, baseado em artificiosos e contraditórios interesses de emancipação comunitária, imprimiu no Federalismo brasileiro feição própria, caracterizada, inicialmente, pela garantia de Autonomia à esfera local e, a partir da Reforma Constitucional de 1926, pela incorporação expressa do Município, condição que persistiu em Constituições posteriores até consolidar- se na Constituição de 1988 como entidade federativa.

A descentralização político-administrativa, conquanto seja uma tendência contemporânea entre nós, está longe de alcançar o estágio desejável, quer pela ambigüidade no plano de definição de competências, quer pela imposição de matrizes da União que minimizam a força criadora dos Municípios no sentido de soluções próprias, ou pela persistência de práticas autoritárias, que condicionam a atuação da instância local à capacidade reativa desta em face da quebra dos lindes de sua Autonomia pelo Poder Central, seja, ainda, pela dificuldade de adaptação da realidade comunitária à normatividade nacional e vice-versa.

Numa sociedade em transição, que abriga situações distintas e contraditórias, em termos de densidade populacional, extensão territorial, arrecadação, renda *per capta*, características do povo e do eleitorado — sob o signo da mais ampla diversidade cultural —, o modelo de Autonomia não poderia ser o mesmo para todas as municipalidades e nem poderia ser o Município a única unidade de Governo local.

Experiências alienígenas mostram uma proliferação de formas organizativas do poder local em contraste absoluto com a simetria de organização política brasileira, na qual se sujeitam as pequenas comunidades e os grandes centros urbanos, entre os quais figuram mega cidades do mundo, às idênticas prescrições de Autonomia.

O descompasso entre o incremento da receita de contribuições da União e a redução relativa da receita tributária, que é distribuída aos entes federados, é uma contradição que vem deformando o espírito da "Constituição Cidadã", que teve como objetivo o equilíbrio fiscal federativo. O País possui um dos sistemas tributários mais perversos e regressivos do mundo, na medida em que proporciona uma distribuição de renda altamente concentrada, onde uma arrecadação que era para ser acessória e específica (contribuições) já ultrapassou a principal (tributária).

O encolhimento da participação dos Municípios no bolo da União, combinado com um elevadíssimo estoque de dívidas que, não auditadas e calculadas através de fórmula de atualização monetária imposta pela União, proporcionou, no decorrer dos anos, um crescimento enorme no saldo devedor, tornando-a impagável. Os Municípios vêm, mensal e compulsoriamente, desembolsando recursos para pagamento de dívidas que inviabilizam suas administrações.

Os fatores mencionados e políticas econômicas equivocadas quanto ao desenvolvimento do País vêm causando enormes deformações e dificuldades no equilíbrio das contas públicas dos entes federados.

Melhor seria retornar fielmente aos princípios da Constituição de 1988, envolvendo toda a classe política de modo que ela assuma os compromissos de resgate do pacto federativo e de uma reforma tributária justa que destine aos Municípios os recursos na mesma proporção das atribuições que lhes foram determinadas pela Constituição e demandadas pela população que neles reside.

BIBLIOGRAFIA

ACKEL FILHO, Diomar. **Município e prática municipal: à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BAHIA. Constituição do Estado da Bahia. Salvador: Assembléia Legislativa **do Estado da Bahia**, 1989.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**, Belo Horizonte: FUMARC - UCMG.

BASTOS, Celso Ribeiro. **O Município: sua evolução histórica e suas atuais competências.** Revista dos Tribunais: Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BLASI, Paulo Henrique. **A descentralização como instrumento da justiça social. O Município brasileiro: autonomia em crise**. Rev. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis: UFSC, n.º 5, jun. 1983.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Javoli, 1988.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo**. Constituições do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1985.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo municipal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

COELHO, Maria Helena da Cruz; MAGALHÃES, Joaquim Romero. **O Poder Concelhio, das origens às Cortes Constituintes.** Editora Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2 ed. rev. e aum., 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Elementos de Direito Municipal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

FERREIRA, Paulo Brum. **O Modelo Federativo Brasileiro: Evolução, o Marco da Constituição de 1988 e Perspectivas *in* Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local**. Debates.

HORTA, Raul Machado. **A posição do Município no direito constitucional federal brasileiro.** Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n.º 75, p. 107-122, 1982.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o Município e o regime representativo, no Brasil.** 2.ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1975.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 8. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

MELO, Marcus André B. C. de. **O Município na Federação Brasileira e a Questão da Autonomia *in* "Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local".** Konrad Adenauer Stiftung – Representação no Brasil. São Paulo: Centro de Estudos, 1999.

OLIVEIRA, Juarez de. **Código Tributário Nacional**. São Paulo, Editora Saraiva, 1992.

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências Legislativas Municipais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 7. ed. rev. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

TAVARES, Iris Eliete Teixeira Neves de Pinho. **O Município brasileiro: sua evolução histórico-constitucional.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, 1997.

VILLA, Machado. **O Município no regime constitucional vigente.** Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1952.

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: BREVES REFLEXÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Claudio Abel Franco de Assis

INTRODUÇÃO

Consoante às abalizadas lições do Prof. Luís Roberto Barroso (2007), existem três momentos fundantes do fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo: o marco histórico, o marco teórico e o marco filosófico. Tais marcos se constituíram em paradigmas que vieram a direcionar a doutrina e, bem como, os tribunais no sentido da construção e consolidação de uma nova coluna fundamental no Direito Constitucional, mormente no caso da América Latina. Nessa direção e ainda com base nas lições do ilustre ministro da Suprema Corte brasileira, se verifica que o marco histórico considera a travessia de um Estado autoritário e intolerante para um Estado Democrático de Direito, assim como se deu em 1988 com a elaboração e promulgação da Constituição. Nesse sentido, no plano teórico, o neoconstitucionalismo encontra e preconiza o reconhecimento de força normativa à Constituição, através,

principalmente, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.

Nesse panorama, reconhecendo-se, *a priori*, a eficácia e a efetividade constitucional, mediante a análise da clássica teoria da força normativa da constituição (HESSE, 1991), é possível chegar à conclusão de que o seu objetivo primordial é atribuir à norma constitucional o status de norma jurídica, e, portanto, dotada de força normativa. O destacado Hesse (1991, p. 15), explicando a necessidade de haver uma correspondência entre a realidade e a Constituição ou entre o "ser" e o "dever ser" assim conceitua:

> A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas[...]. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas[...]. A "Constituição real" e a "Constituição Jurídica" se condicionam mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.

Ainda nessa linha de ideias, Hesse, visando cunhar a extrema necessidade de que haja concretude na ideologia de força da constituição como desiderato máximo a ser atingido pelo Direito Constitucional, sintetiza esses clássicos ensinamentos em uma passagem que é de bom relevo referenciar (HESSE, 1991, p. 26-27):

> A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) [...] Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada necessariamente a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, em questões de poder. Essa constatação não justifique que se negue o significado da Constituição jurídica: O Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição.[...] A íntima conexão, na Constituição, entre normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com seu objeto, o Direito Constitucional desse condicionamento da normatividade. [...] A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder.

Esse fato, qual seja, o reconhecimento de que as normas previstas nas constituições são normas jurídicas, com caráter vinculante, cujo cumprimento é obrigatório, alterou significativamente o direito constitucional, posto que o seu descumprimento - seja pelo Judiciário, Legislativo ou Executivo - pas-

sou a desencadear os mecanismos para cumprimento forçado da norma. Deixou, portanto, a Constituição de ser uma carta de boas intenções direcionada aos Poderes Públicos.

Interessante é reforçar o prolegômeno histórico, nesse sentido, de que, até meados do século XX, na Europa, a Constituição era concebida apenas como um documento político, em que os Poderes Públicos não possuíam nenhum tipo de vinculação à mesma no exercício de suas funções, seja legislando, seja administrando ou julgando, de sorte que o Estado agia de acordo com sua vontade não observando as prescrições da Constituição. Em continuidade e nessa seara de "força" da Constituição, verifica-se o desdobramento singular da expansão da jurisdição constitucional como componente indissociável do fenômeno neoconstitucionalista sob comento, sobretudo e principalmente na América Latina e com especial relevo no Brasil. Em suma, Barroso, em exploração contextual da matriz pós-positivista que influenciou o neoconstitucionalismo, assim ensina (BARROSO 2006, p. 27-28):

> O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estagio do processo civilizatório e as ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não sur-

> ge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.

Além desses fatores, há que considerar também que o desabrochar de uma nova interpretação constitucional se efetivou porque a Constituição, ao ser dotada de força normativa como já bem referido, não mais poderia ser plenamente realizada em seus desideratos superiores com o modelo clássico de interpretação mediante as tradicionais categorias jurídicas (gramatical, teleológico, histórico e sistemático). Assim é que progride uma nova modalidade de interpretação jurídica (BARROSO, 2008), constituída de uma metodologia e princípios próprios, como o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e, finalmente, o da efetividade.

Essa *novel* interpretação constitucional se estabeleceu enquanto garantidora, tanto em relação à norma quanto em relação ao intérprete, de diversas atribuições no bojo do processo interpretativo, assegurando ao juiz não apenas um papel estático/mecânico de encontrar a solução para o caso concreto à luz das possibilidades trazidas pela norma, mas de participar, ativamente, de um processo criativo do Direito, valorando adequadamente os sentidos dados às cláusulas abertas e realizando escolhas dentre as soluções possíveis na melhor lição alexyana (ALEXY, 2008). Evidencia-se, afinal, que à norma, então, foi dado um novo papel consistente em

não abarcar mais, necessariamente, no seu relato abstrato, a solução para o caso proposto, e sim de servir como uma parte, como o início da solução, de tal sorte que, em muitas oportunidades senão na maioria delas, a norma acabará por depender dos fatos do caso concreto para que habilmente possa produzir a solução. Ainda nessa linha de ideias, cabe também destacar que, como desenvolvimento dessa referida nova interpretação constitucional, eis que se apresentam para o mundo jurídico-constitucional diferentes categorias, como as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Assim, o que se tem nos últimos tempos e como consequência dessa transição do texto magno para contornos cada vez mais aplicáveis e efetivos, é uma verdadeira supremacia da Constituição na concretização e realização de Direitos Fundamentais. Diante dessa "constitucionalização" e como um produto natural da referida força normativa da constituição, a nova hermenêutica constitucional parte da premissa de que o intérprete venha a se tornar coparticipante do processo de criação do Direito, completando e aperfeiçoando o trabalho do Estado legislador, efetuando valorações de sentido para cláusulas abertas ou preenchendo conceitos jurídicos indeterminados. Estes contém termos ou expressões de textura aberta, que fornecem um inicio de significação a ser completado pelo intérprete, o qual precisa observar necessariamente os ideais e os valores contidos na Constituição para a aplicação do Direito e, bem como, para a resolução do problema jurídico. Em tal direção e analisando a "constitucionalização" sob o viés neoconstitucionalista no caso brasileiro, Barroso (2007, p. 8), contudo faz uma advertência:

> No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurispru-

> dência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstancia histórica que precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação crítica de fórmulas alheias e, pior de tudo, a incapacidade de reflexão própria, e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável.

Em face de todo o exposto, o presente estudo visa abordar, em apertada síntese, alguns aspectos do neoconstitucionalismo no desabrochar deste novo século XXI sobre o direito, dando-se ênfase principalmente a hermenêutica constitucional e a *novel* interpretação constitucional, de tal sorte que se possa aquilatar a maneira inovadora pela qual as categorias do Direito Constitucional tem se arvorado enquanto luminares para a solução dos ditos *hard cases*, em que as fórmulas clássicas não mais servem frente a um modelo em que, de fato, o intérprete carece lançar mão dos expedientes referidos para que logre sucesso na perene busca por uma solução que seja constitucionalmente adequada para o problema proposto.

Finalmente, a pesquisa também objetiva verificar, ainda que *an passant*, os desdobramentos do neoconstitucionalismo face à atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), em que alguns exemplos serão elencados na jurisprudência de modo a que se possa constatar se o STF tem agido inspirado nessas novas categorias do Direito Constitucional, surgidas como firme resposta à necessidade dos novos tempos por um

modelo garantista de direitos fundamentais significativamente alinhavado na dignidade da pessoa humana.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: BREVES REFLEXÕES

Um dos elementos concebidos como primordial enquanto influência determinante do referido fenômeno do neoconstitucionalismo é que, nele, toda a interpretação é constitucional (CARBONELL, 2005), isso porque daí se depreende a "sobreinterpretação", algo que dialoga bastante com a "filtragem" constitucional. Tal fato se deveu, consoante o ensino de Eduardo Ribeiro Moreira (2009), à produção da hermenêutica constitucional que obrigou a que o poder posto e suas estruturas viessem a se dobrar diante da matéria constitucional, ocasionando o nascedouro de uma profícua e vanguardista produção jurídico-constitucional que, ao ter sua evolução bem demarcada pelos menos nessas últimas décadas passadas, não se mantém hoje inerte, muito pelo contrário, posto que, como já bem acentuado na presente pesquisa, prossegue expandindo-se na condição de protagonista de um pensamento abalizado e crítico do direito, mormente do direito (neo)constitucional.

Em tal direção, importa trazer algumas preciosas lições de Luis Prieto Sanchís acerca da constitucionalização do ordenamento jurídico, em que se verifica um processo que detém alguns graus de intensidade, de maneira a ser o recente fenômeno histórico do constitucionalismo dos direitos a sua expressão mais significativa (SANCHIS, 2007, p. 50 - 51):

> La constitucionalización del ordenamiento no es una cualidad «todo o nada», algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como

> un proceso que admite grados o intensidades , y el que he llamado constitucionalismo de los derechos representa seguramente su más alta expresión. Su consecuencia más básica consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectiva y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del Derecho; algo que hoy puede parecer tan obvio y pacífico que ni siquiera requiere explicación, pero que a finales de los años setenta del pasado siglo encontraba resistencias incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo . Una influyente doctrina y los rotundos pronunciamientos del Tribunal Constitucional dejaron las cosas en su sitio: «Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos». Ni siquiera los derechos que reclaman una *interpositio legislatoris* son, mientras ésta no se produce, simples recomendaciones carentes de fuerza jurídica; tienen siempre un contenido normativo que puede ser hecho valer desde la Constitución misma. Y que puede ser hecho valer, cuando proceda, ante cualquier jurisdicción: «La constitucionalización no es simplemente... la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivización de un derecho, a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios».

Nessa linha de ideias, há que destacar que os princípios tiveram um papel primordial ao manejarem com destreza uma significativa parte dessa transformação, uma vez que, anteriormente, eram apenas uma das fontes subsidiárias, sendo

que, na atual conjuntura jurídico-constitucional, são uma das fontes precípuas que regem, a bem da verdade, a forma como as leis tomam corpo e interferem nos dados fatos da vida que a principio se destinaram. Exatamente nessa direção é que o já referido Eduardo Ribeiro Moreira (2005, p. 418) preleciona então que "toda e qualquer norma jurídica – não só as leis, mas a sua concretização, a jurisprudência – deve condicionar-se à sobreinterpretação dos princípios jusfundamentais". Insta dizer que seria essa uma das matizes fundamentais do movimento contínuo de constitucionalização do direito, pelo que a ideologia tradicional interpretativa tendo o texto magno como premissa não mais pode se coadunar perfeitamente com a interpretação tendo a lei como ponto de partida primordial, deve-se estimular então uma outra forma de se operar essas categorias a partir do ideário constitucional ou neoconstitucional (SANCHIS, 2007).

Considerando essa assertiva, veja-se claramente a nova realidade em que a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade se imiscuem na concreta realização da jurisdição constitucional (REIS, 2006), no que ocupa papel relevante o julgamento da constitucionalidade de uma dada norma e o múnus crucial de interpretação face aos importantíssimos e insofismáveis direitos fundamentais. Tanto isso se afigura verdadeiro que uma decisão judicial ou mesmo legislativa se encontra pré-regulamentada em uma norma constitucional (BARROSO, 2008). Em tal senso, o desenlace do texto da Constituição enquanto elemento ativo de pré-compreensão, de interpretação, irá se efetivar, diretamente, quando a decisão judicial encontrar fundamento basilar em principio ou norma claramente expressa no texto magno e a que a decisão referida tenha feito expressa menção, tal situação denota a concretização do texto constitucional.

Em continuidade, cabe ponderar que a interpretação irá se afigurar indireta, inicialmente, se houver um "juízo negativo sempre presente" (MOREIRA, 2005, p. 419), o qual se dá através de uma análise em que não são encontradas inconstitucionalidades, isto é, o texto de lei base para uma dada decisão sofreu um juízo negativo de forma satisfatória, posto que não foi o mesmo achado incompatibilizado com a Constituição. Contudo, ainda, haverá também a referida interpretação indireta quando ocorrer o denominado "juízo finalístico", que é descerrado em vista do sempre presente comando de que toda e qualquer decisão deva atender, na sua integralidade, ao texto constitucional e, bem como, ser guiado pelos objetivos nele pontuados. Em síntese, é preciso o arremate de Moreira (2005, p. 419) quando bem preceitua que "desses três exercícios de hermenêutica – o direto, o indireto negativo e o indireto finalístico – é que se extrai a inescapável conclusão de que toda interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional". Em sentido bem semelhante, assim dispõe a doutrina clássica de José Alfredo de Oliveira Baracho ao referenciar Hector Fix Zamudio:

> Acentua Hector Fix Zamudio que a interpretação constitucional, apesar de pertencer ao gênero da interpretação jurídica e como tal são aplicáveis métodos que foram elaborados para pesquisa do sentido das disposições normativas, tem caráter específico, que lhe dá autonomia, pois além de exigir conhecimento técnico bem elevado, precisa ter sensibilidade jurídica, política e social, para atentar com o profundo sentido das disposições fundamentais. (BARACHO, 1979, p. 57)

Uma vez feitas essas considerações iniciais, cabe trazer breves reflexões também na mesma direção acerca da inter-

pretação no que tange à metodologia constitucional. Interessante, nesse aspecto, é que a verificada abertura do texto magno solapou de uma só vez as arcaicas ideias atinentes à noção de que apenas sobre aquele texto legal que não fosse claro é que deveria o interprete lançar luz mediante as categorias da interpretação (HESSE, 1992). Assim, na atualidade e como decorrência do elencado fenômeno que encerrou a centralidade da Constituição, não mais existem momentos dispares tal como se previa na hermenêutica clássica, pois o encargo interpretativo acaba por se equivaler ou se equilibrar juntamente à tarefa de aplicação do próprio Direito (GADAMER, 2004). Isso se evidencia diante da firme convicção de que a concretização da norma constitucional (CANOTILHO, 2003), bem antes de ser elencada enquanto uma dita metodologia constitucional (HESSE, 1991), deve ser encarada enquanto fim último do fazer interpretativo exatamente no modo explorado no neoconstitucionalismo. Interessante nessa seara do agir interpretativo sobre a norma constitucional é o ensino de André Ramos Tavares o qual colaciona que

> Em outras palavras, a Constituição desempenha, nessa linha, um papel de *standard interpretativo*. Quando se fala, portanto, da constitucionalização do Direito, não se está apenas querendo fazer referência à supremacia formal da Constituição. Evidentemente, que é ela um pressuposto necessário. Sem se admitir que as leis e todos atos [*sic*] normativos devem conformação à Constituição (uma das dimensões da supremacia da Constituição), não haveria como falar em constitucionalização do Direito (TAVARES, 2006, p. 133 - 134)

Nesse sentido, a abalizada doutrina consigna que as metodologias de interpretação constitucional dever bem aderir,

firmemente, à teoria do direito de sorte a que não se verifique incoerências flagrantes entre as mesmas. Daí porque há o entendimento de que são perfeitamente admissíveis métodos diversos incididos sobre um dado caso, sobretudo quando se trata de órgão colegiado (MENDES, 2007). Veja-se o caso do principio atinente à unidade constitucional face ao ideário da ponderação, em um singelo recorte metodológico na doutrina veja-se que tal principio seria critério para Humberto Àvila (2005), ou método para Canotilho (2003), ou principio para Barroso (2008), ou, por fim, regra para Jane Reis (2006), tudo isso concebido com o fim de se solucionar um aparente conflito de normas de natureza constitucional. Essa situação, ou seja, a manutenção estável de metodologias diversas, à luz de uma tradicional interpretação da Constituição, conforme Moreira (2005), não poderia ser harmonizada, já que haveria o apontamento da unidade e da ponderação enquanto realidades antagônicas, o que não encontra respaldo na essência das mesmas (embora fosse uma realidade possível na teoria constitucional face aos limites da efetividade constitucional em um dado momento histórico). Neste passo, na atual indumentária neoconstitucional, as ideologias base da ponderação e da unidade constitucional se apresentam e convivem harmonicamente, ainda que diante de um mesmo caso concreto, algo que se revela assaz surpreendente tendo-se em linha de conta o contexto clássico do modelo interpretativo já bem elencado anteriormente.

Á guisa de conclusão do raciocínio esboçado até aqui, cabe trazer um pouco sobre a ampliação da interpretação conforme a Constituição e as três possibilidades de deslinde da mesma (forma literal, mais de uma hipótese de interpretação e caso concreto), concebidas a partir do neoconstitucionalismo, pelo menos na forma como a doutrina tem trabalhado a

questão. O insigne Luis Roberto Barroso (2008) leciona que a interpretação conforme seria, antes de qualquer coisa, mais uma das técnicas vocacionadas para a interpretação constitucional, já que qualquer expediente interpretativo que tenha a Constituição como pressuposto revela o próprio texto magno enquanto fonte última, válida e verdadeira da valoração.

Assim é que, em anuência ao já referenciado anteriormente, dos três significados constantes do neoconstitucionalismo para a interpretação conforme, o inicial seria o significado literal, ou seja, a exata volição da lei interpretada face à Constituição. Não obstante, essa significação tem sido olvidada erroneamente, posto que, mesmo que seja uma das únicas formas de se cotejar ou extrair sentido da norma, isso ainda se trataria de interpretação conforme. Cabe assim referendar pois o entendimento antagônico acabaria por rechaçar o próprio sentido etimológico da expressão residente no fato de que todo dispositivo legal deva passar por uma análise de constitucionalidade ou, ao menos, por um juízo negativo, mesmo indireto (MOREIRA, 2005). Esse sentido sob comento é em muitas oportunidades ignorado ou não percebido por sua sutileza, porém ainda assim é interpretação conforme a Constituição.

O segundo sentido da interpretação conforme tem lugar quando o intérprete se vê diante de diversas possibilidades de interpretação, ao que caberá ao tribunal competente eleger aquela que seria a constitucionalmente adequada para o dado caso concreto. Assim o tribunal acaba agindo imbuído da vontade de fixar a orientação constitucional e, concomitantemente a isso, manter a incidência da norma legal, expediente esse que, inclusive, vem sendo ao longo dos anos muito usado pelo Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro. Afinal, o terceiro e último sentido que o neoconstitucionalismo influenciou na interpretação conforme apenas pode ser

verificado à luz do caso concreto, em que, por força de uma situação extraordinariamente *post factum* (não prevista), as consequências e efeitos da regra acabam por ser extirpados. Tal situação é o que Eduardo Moreira chama de "derrotabilidade da norma-regra" (2005, p. 424). Veja-se que isso pode ser concebido como um significativo avanço trazido no seio do neoconstitucionalismo, uma vez que são afastadas as exceções ao raciocínio ponderativo, ainda mais se houver uma convicção no sentido de que as regras se resolveriam mediante a ponderação. É nesse sentido então que a derrotabilidade ou terceiro sentido da interpretação conforme o magno texto acaba por endossar e dar manutenção ao perfeito funcionamento do neoconstitucionalismo.

2- NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL : ALGUNS EXEMPLOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Isto posto, a partir da breve síntese realizada anteriormente no que se refere ao ferramental teórico revelado na nova interpretação constitucional como parte dos influxos do neoconstitucionalismo, cabe então constatar alguns exemplos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Logo de início, veja-se o caso do recurso extraordinário 271.286/2000, em que o STF passou a reconhecer o papel de um município do Estado do Rio Grande do Sul, em solidariedade com o referido Estado, em fornecer obrigatoriamente remédios indispensáveis para o tratamento da Aids naqueles casos de pessoas carentes e soropositivas. Em tal caso, o Tribunal consignou que o direito a saúde seria uma consequência constitucional inseparável do direito à vida, de sorte que o Poder Público, em qualquer esfera institucional da federação, não pode ser indiferente ao problema de saúde pública sob pena de isso ser considerado

grave omissão. Ainda nessa linha, no agravo de instrumento 468.961-3, julgado pela corte no ano de 2004, consignou a posição do STF no sentido de, havendo motivo justificável e de significativa importância, o Judiciário adotar uma postura mais proativa na defesa e concretização de direitos fundamentais, o que ocorreu também de forma semelhante no caso da ADI/2.010-2. Nesses três casos citados, veja-se como a corte adota a postura de centralidade do texto magno e da dignidade da pessoa humana ao destacar à normatividade da Constituição no que tange ao direito à saúde (MAIA, 2009).

Em continuidade, destaca-se também, sobretudo nos últimos anos, em vários casos paradigmáticos, como a discussão acerca do aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54), a possibilidade de pesquisa em células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF) e a união estável homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132), como o STF incorporou as contribuições neoconstitucionalistas em suas decisões utilizando, muitas vezes e com especial relevo, as metodologias constitucionais mediante um novo uso mais combativo da interpretação conforme a Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito e suas categorias e institutos, de uma forma global, passam, na atual conjuntura, por um momento histórico bem delineado de revisão de dogmas, em que conceitos e valores antigos não foram de todo abandonados, porém, sofreram intensamente um giro hermenêutico crucial com a instituição do Estado Democrático de Direito face às novas ideologias e valores com ele trazidos, o que reputa como absolutamente indispensável a que novas categorias jurídicas, especialmente do Direito Constitucional, sejam revistas e reinterpretadas de forma a que assumam novas e bem deter-

minadas funções no contexto teórico do pós-positivismo e, com especial relevo, do neoconstitucionalismo.

Nessa direção, o que se tentou demonstrar com o singelo estudo em tela, foi a forma inédita e definitiva pela qual o neoconstitucionalismo passou a influenciar as tradicionais categorias do Direito Constitucional, principalmente quanto à hermenêutica e à nova interpretação, ocasionando uma verdadeira revolução na técnica e nas terminologias tradicionais das categorias operativo-jurídicas dessa ramificação do direito, de sorte que tal ramo nunca mais será o mesmo, posto que, de uma forma definitiva e perene, a Constituição passou a ocupar lugar de honra no centro do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, nessa linha de ideias, com relação ao Supremo Tribunal Federal, foi possível ponderar a tendência da Corte Guardiã da Constituição em incorporar em suas decisões os desenvolvimentos jurídico-filosóficos que endossam a teoria constitucional neoconstitucionalista, o que se clarifica em uma atuação bem mais incisiva do STF na efetivação/concretização dos direitos fundamentais e na percepção e assunção do seu próprio papel enquanto Corte Constitucional.

Portanto, ficou bastante evidenciado, nesta pesquisa que ora se propõe, que o neoconstitucionalismo se apresenta como a teoria de direito mais adequada ao novo momento pelo qual o Brasil atravessa em suas mais diversas idiossincrasias que lhe são inerentes à conformação dos problemas nacionais. Nisto a hermenêutica e a interpretação constitucional devem ser manejadas pelo intérprete consoante a nova ótica dos "filtros" constitucionais bem apresentada, em que a metodologia constitucional exerce seu papel aliada a ampliação dos sentidos comuns e da extensão da realização das categorias da interpretação conforme a Constituição, em um alinhamento bastante firme e definitivo, sempre sob o pálio do mantra fundante trazido no bojo do neoconstitucionalis-

mo: o de que toda interpretação se revela, antes de tudo, como interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS

ALEXY Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos principios: da definição à aplicação dos principios jurídicos.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Ed. Resenha

Universitária, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito**

constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In:

___________ (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil).**Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** trad. Flávio Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constituciona**l. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad**. A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAIA, Mario Sérgio Falcão. **A recepção da teoria neoconstitucionalista pelo supremo tribunal federal brasileiro.** Revista Internacional de Direito e Cidadania, Erechim, Instituto Estudos Direito e Cidadania, nº 5, outubro 2009.

MENDES, *Gilmar* Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação.** In: QUARESMA, OLIVEIRA (Org.) [et al.]. Neoconstitucionalismo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REIS, Jane. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional.** São Paulo: Método, 2006.

A USUCAPIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SEJA ELA ALCANÇADA POR MEIOS JURISDICIONAIS COMO ACESSO A JUSTIÇA ESTATAL OU DE ARBITRAGEM, OU POR MEIO ADMINISTRATIVO COMO POR CARTÓRIO DE IMÓVEIS.

Eva Eulalia da Silva Almeida

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico objetiva discorrer sobre o instituto da Usucapião, para bens imóveis, focalizando pelos seus meios de declaração extrajudicial.

Com advento da Lei nº. 13.105, publicada em 17 de março de 2015 o atual Código de Processo Civil Brasileiro muito se abordaram pela Usucapião Extrajudicial prevista neste novo ordenamento. O presente trabalho pretende abordar também a usucapião por arbitragem que já era possível alcançar antes mesmo do surgimento do atual CPC.

Para melhor compreensão o presente trabalho abordará conceitos e analise primordial sobre questões que norteiam

o tema como: desjudicialização de conflitos e cultura do litígio; a legislação de Arbitragem brasileira; ponderada autonomia de vontade das partes na arbitragem; efeitos das decisões arbitrais e seus cumprimentos. Oportuno esclarecer que o presente trabalho possui cunho bibliográfico, de livros, artigos, como entrevista com um dos juristas que levantam esta tese analise sobre decisões por arbitragem e suas aplicações a Cartórios de Registro de Imóveis.

Abordarei, outrossim, um paralelo demonstrando, de forma não exaustiva, do pro e contra de cada meio de usucapião no sistema jurídico brasileiro, para facilitar aplicabilidade ao meio não só acadêmico mais jurídico diante da imensa relevância do tema para estrutura não só academia e jurídica, mas função social que contem a moradia no Brasil.

1. A CULTURA DO LITÍGIO E OS NOVOS CAMINHOS A SEGUIR NO BRASIL.

A prestação jurisdicional no ordenamento Jurídico Brasileiro tem gerado e tem sido merecedora de críticas de forma infindável.

E verdade que muito se tentou ainda infrutífera se alcançar uma prestação jurisdicional brasileira mais efetiva e não morosa[26]. Dentre estas tentativas observasse que foi uma busca em soluções considerando somente o meio judicial como forma de resolução de litígio, porque todas outras vezes que

26. Algumas delas foram: a tentativa trazida pelo Código de Processo Civil de 1973 de resolver, ao menos tentar resolver, o problema da morosidade na tramitação das causas de reduzindo valor pecuniário, mediante a criação de um procedimento, o procedimento sumaríssimo, que posterior passou a se chamar sumário é hoje não mais existe no atual Código de processo Civil; Como a também a tentativa em 1995 com a lei nº 9.245 de alcance da celeridade na prestação jurisdicional com os Juizados Especiais Civis e Criminais, prevista no artigo 16 da referida lei " registrado o pedido, independentemente da destruição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de 15 dias". Lamentavelmente, na prática desiludiu todas as previsões, persistindo o impasse do moroso funcionamento da administração da justiça. No Brasil temos uma justiça cara, lenta, além de um tecnicismo exacerbado.

se tentou a título de Brasil utilização de arbitragem fez de forma desastrosa. Até que em 1996 se deu a Lei nº. 9.307 onde se obteve a lei de arbitragem, do modo que a parti dali as decisões tomada em tribunal arbitral, sentença arbitral, obtinha uma decisão com mesmo peso de se alcançar uma sentença da decisão de um processo judicial.

Porem a lei de arbitragem não foi a solução esperada para salvaguarda e desafogar o judiciário secando a cultura do litígio judicializado. E isso se deu por falta de interesse e investimento público introduzindo com informação adequada a nova cultura a sociedade brasileira.

Sem dúvida e necessário e se caminha soluções para alcançar a aplicação judicial a todos, desafogando o judiciário, estimulando a solução consensual dos conflitos com a própria desjudialização.

Em 2015 o Brasil teve um grande avanço legislativo em favor da cultura da desjudicialização. A Lei nº. 13.105, publicada em 17 de março de 2015, que referente ao Código de Processo Civil entrando em vigor em 18 de março de 2016 tendo em sua essência a desjudicialização dos conflitos para alcance de que uma justiça menos sobrecarregada e menos morosa. A Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015 para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem. A Lei nº. 13.140 de 26 de Junho de 2015 **é** quem disciplina sobre as sessões de mediação e sobre as audiências de conciliação, conhecida como Lei Geral da Mediação, que também se cabe a Conciliação.

Observa que se tem tido o poder público abordado maior divulgação dos meios de resolução de conflitos de forma extrajudicial, como por exemplo, a criação de Câmaras de Mediação principalmente em comunidades de baixa renda.

Vale ressalvar, que ainda estamos longe de acabar com a cultura colonizadora brasileira da judicialização dos lití-

gios. Não só mudar a cultura social brasileira sobre o tema mas antes criar um processo ardo de construção por base de informação qualificada para divulgação sobre as formas de resolução de conflitos. Com este pensamento levanta as autoras doutoras Nathália Correia Pompeu e Sílvia Helena Brito no artigo científico com tema "Mediação e a Cultura de Litígio- A educação como Estratégia para transformação", apresentado na *Global Mediation Rio* em 2014, impressa na coletânea sobre o livro "Mediação e Direitos Sociais Indisponíveis: Trabalho, Saúde, Educação e Meio Ambiente, onde elas perfeitamente apresentam dizendo:

> A mudança de uma "cultura da sentença" para uma "cultura da pacificação" é lenta e requererá esforço de todos os sujeitos desse processo, inclusive da sociedade civil, que aos poucos vislumbrará formas mais satisfatórias de resolução de seus conflitos. No entanto, nada será possível se o trabalho não começar pela base do problema: educação. E é por esse motivo que o presente artigo propôs a alteração de estrutura em grades curriculares nacionais.
>
> E para tanto se justifica a inclusão da arbitragem, negociação, conciliação e mediação como disciplinas obrigatórias nos cursos de graduação em direito, bem como materiais práticas, para que os alunos possam vivenciar e confirmar a benesse que esse tipo de solução de conflitos pode proporcionar ao país." [27]

2. A USUCAPIÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A usucapião e um instrumento jurídico que com exercício da posse nos prazos previsto na lei para cada modalidade se

27. Citação retirada do artigo .

adquiri a propriedade de bens, móveis ou imóveis. Portanto a proteção jurídica da posse preexistente à da propriedade. A usucapião é um instituto jurídico vislumbrando primeira vez na lei da XII Tábuas (445 a.C.) [28].

Usucapião é uma forma de aquisição da propriedade de bem móvel ou imóvel que se dá pela posse prolongada e ininterrupta da coisa, durante o prazo legal estabelecido para a prescrição aquisitiva. Possui suas especificações seus requisitos, modalidades e impedimentos, dentre outras peculiaridades deste instituto e instrumento jurídico, pelos quais a vastos e riquíssimos trabalhos científicos, doutrinários e jurisprudências, que abordam estas considerações nos fazendo desnecessário para tanto aborda neste momento. Na legislação pátria, a usucapião está prevista principalmente no Código Civil Brasileiro e na Constituição da República Federativa do Brasil como direito material. Morar irregularmente significa estar em condição de insegurança jurídica permanente, aonde o uso da Usucapião transforma este estado para segurança jurídica por um direito social que e a moradia.

---

28. "Conceitua-se usucapião como modo de aquisição da propriedade de bens móveis ou imóveis pelo exercício da posse, nos prazos previamente estabelecidos em lei. Surgiu no Direito Romano com o objetivo de regularizar a situação daqueles que, por irregularidades no momento da aquisição de bens, desejavam consolidar a nova situação patrimonial de acordo com as normas vigentes.
Tal instituto foi regulamentado pela primeira vez na Lei das XII Tábuas (445 a.C.), com prazo de 1 (um) ano para bens móveis e de 2 (dois) anos para imóveis.
A usucapião, que só passou a ser tratada no feminino pelo novo Código Civil, não representa um ataque ao direito de propriedade, mas sim uma homenagem à posse, em detrimento daquele que, tendo o domínio, abandona o imóvel, deixando que outro o ocupe e lhe confira função social e econômica mais relevante.
A proteção jurídica da posse preexiste à da propriedade. No Brasil, a primeira lei que dispôs sobre propriedade imobiliária foi a de nº. 601, de 18 de setembro de 1850, popularmente conhecida como "Lei de Terras", aprovada durante o reinado de D. Pedro II, duas semanas depois da Lei Eusébio de Queiroz, que abolia o tráfico negreiro no Brasil. A Lei nº. 601/1850 tinha como objetivo organizar as doações de terras feitas desde o início do processo de colonização portuguesa, regularizar as áreas ocupadas depois de 1822 e incentivar a vinda de imigrantes para o Brasil, ao mesmo tempo em que buscava dificultar o acesso à terra por parte desse novo contingente de trabalhadores.
Através da usucapião, preenchidas as condições de tempo, continuidade e incontestabilidade, o possuidor pode requerer ao juiz que declare, por sentença, sua posse ad usucapionem, servindo o julgado como título para transcrição no registro de imóveis.". < http://www.emerj.rj.gov.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_51.pdf>

3. A LEGISLAÇÃO ARBITRAL BRASILEIRA E A USUCAPIÃO POR ARBITRAGEM

A Arbitragem é um método alternativo de resolução de conflitos, no qual as partes definem que uma pessoa ou uma entidade privada irá solucionar a controvérsia apresentada pelas partes.

A arbitragem é um instrumento compositivo de solução de controvérsias ressalvando que e o único com também possui condição de resolução decisória para dirimir controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Enquanto conciliação, negociação, mediação são soluções de conflito só por composição.

Arbitragem no Brasil só chegou a este patamar apos a criação da Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996, a Lei Maior da Arbitragem como assim ficou conhecida. Com a criação da Lei nº13.129,de 26 de maio de 2015 há derrogação da Lei Maior da Arbitragem para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem dentre outras partes que só melhoraram a constituição da arbitragem no Brasil. A Lei Maior da Arbitragem deve, pois, ser lida e interpretada, em consonância com o sistema jurídico e não isoladamente. Ainda podemos incluir entre as benesses da arbitragem encontram-se: celeridade e informalidade; neutralidade do juízo; confidencialidade; confiabilidade e especialização; e ainda possibilidade de decisão por equidade se autorizada pelas partes. Por envolver decisões proferidas no âmbito de um mecanismo privado de resolução de controvérsias, a arbitragem desponta como uma alternativa célere à morosidade do sistema judicial estatal.

3.1. OBJETO DA ARBITRAGEM

O objeto do litígio está plenamente delimitado na Lei Maior da Arbitragem, ou seja, somente podem ser objeto da arbitragem conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O artigo 1º é claro e não dá margem a qualquer dúvida.

Ao análise dos institutos de posse, propriedade e usucapião podemos dizer que resguarda matéria de direito patrimonial disponível, logo sendo cabível em patamar de arbitragem. Em face dessa lei, fica excluída qualquer matéria que não seja pertinente à restrição imposta. O artigo 25 esclarece que, se no curso da arbitragem verificar o juiz arbitral ou tribunal arbitral que a matéria se refere a direitos indisponíveis, deverá remeter as partes ao Poder Judiciário, suspendendo-se imediatamente o procedimento arbitral.

A arbitragem possui instituiu os princípios regedores da arbitragem, que servem para coordenar as condutas a serem observadas, dentre eles podemos citar: o princípio do contraditório; o princípio da ampla defesa; o princípio da igualdade das partes; o princípio da imparcialidade o princípio do livre convencimento; o princípio da irrecorribilidade da sentença; o princípio da competência; o princípio da boa-fé, e o princípio da autonomia de vontade.

A boa-fé está presente em qualquer sistema jurídico, mas é de suma importância na arbitragem, tendo em vista que o arbitro escolhido deverá agir de maneira correta, com honestidade, lealdade, julgando a lide da melhor forma possível de modo que cause menor prejuízo para ambas às partes, e que de preferencia que seja especialista na área para melhor aplicação a cada situação. Bem como, determina que as partes ajam com lealdade, correção e confiança recíproca. Visa impedir que certa parte não honrasse com o pactuado e impeça a instauração do procedimento arbitral.

3.2. AUTONOMIA DA VONTADE E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A arbitragem somente pode ser utilizada por pessoas capazes e para solucionar litígios relativos a direitos patrimo-

niais disponíveis. Cabe ressaltar que há divergência sobre a representação de incapaz na arbitragem.

Diante que a capacidade plena dos envolvidos seja substancial para validade da arbitragem. Os envolvidos escolhem e estas escolhas das partes se da já utilizando do Princípio da Autonomia da vontade. Ele e presente quando as partes escolhem utilizar a arbitragem para solução da controvérsia. Quando elas manifestam a opção de substituir a jurisdição estatal pela arbitral. Segundo o art. 2º da Lei Maior da Arbitragem, as partes podem escolher se a arbitragem será de direito ou por equidade. O princípio da autonomia da vontade tem algumas limitações, dentre elas: os preceitos da ordem pública e bons costumes, e as imposições legais, o compromisso arbitral, conforme o artigo 10 da mesma lei.

O Código Civil Brasileiro incorpora o instituto da arbitragem, em seu art. 853, admite a cláusula compromissória, mas remete a matéria para lei especial que e a Lei Maior da Arbitragem, ou seja, a Lei nº 9.307/96, esta lei não faz distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. Na teoria eles se diferenciam pelo momento da assinatura da opção pela arbitragem, pois a cláusula compromissória é assinada antes estipulando que a controvérsia será resolvida por meio da arbitragem. O compromisso arbitral é o meio em que as partes submetem um litígio para arbitragem e é assinado após o início da controvérsia em si.

3.3. ARBITRAGEM E SUA JURISDIÇÃO

Desde os primórdios se verifica a aplicação da arbitragem na sociedade, a cada tem e a cada povo com seu perfil tem maior ou menor importância a arbitragem na solução dos conflitos sociais. Vendo então o Estado incapaz de deter para si e dar com presteza e satisfação a soluções prestar o auxílio

dele esperado, delegou tarefa do poder publico para o privado pela Lei Maior de Arbitragem.

Na convenção de arbitragem, as partes em litígio que, inicialmente, teriam à sua disposição o Estado para dizer-lhes o direito, no caso de conflito de interesses, podem, por acordo de vontades, atribuir essa função a um árbitro ou a um conselho de árbitros. Demonstrando que a arbitragem, além de não ser contrária à jurisdição estatal, tem igual natureza jurídica desta, ou seja, a arbitragem é jurisdicional.

Contudo, diferente da jurisdição estatal na qual a legitimidade para dirimir conflito de interesses decorre somente do poder do Estado, na jurisdição arbitral a legitimidade para dirimir o conflito de interesses decorre indiretamente do poder do Estado, em razão da delegação da autoridade dada pela Lei, e, diretamente, do acordo de vontade das partes, que optaram pela decisão de um árbitro.

3.4. A USUCAPIÃO POR ARBITRAGEM

Na ação de usucapião o que se tem é uma natureza declaratória, como já exposta anteriormente. Outro ponto a ressaltar e que os direitos que se requer adquirir coma usucapião são direitos patrimoniais disponíveis em sua natureza. Logo não há impossibilidade que a reivindicação deste direito pela via jurisdicional como a arbitragem é. Ou seja, não possui impeditivo legal que se requeira e alcance a declaração de aquisição do domínio pela posse prolongada e continua seja feita por declaração de sentença arbitral. A usucapião em seu direito material já por si e aquisitiva, a 'ação judicial' ou outros meios são mera formalidade para confirma os requisitos necessários. Desde que respeitada estas formalidades.

Cabe neste momento citar trecho do artigo no jornal O Estado, na sua forma virtual, onde o Drº. Vitor Aragão expõem

corrente situação brasileira quanto a moradia e a busca pela declaração de aquisição com a usucapião, declarando assim seu posicionamento favorável a usucapião por meio da arbitragem quando assim conclui dizendo:

> "Assim sendo, necessária se faz a desjudicialização das lides para fins de usucapião, ampliando cada vez mais o espectro de ações arbitráveis, quer seja pela adequação aos anseios sociais, quer seja pelas suas vantagens sobre o método tradicional de solução de conflitos, sempre com lastro em sentença arbitral, a qual produz os mesmos efeitos da sentença judicial (Lei Federal nº 9.307 e Código de Processo Civil), propiciando segurança jurídica à propriedade, trazendo ao seio da sociedade a sensação de justiça, a qual per si é sinônimo de paz social." [29].

Por mais estranho que pareça que o Estado tenha transferido a possibilidade de forma privada e não publica se verifique a função de justiça em quesito da verificação e declaração da usucapião ha cada vez mais posicionamentos favoráveis a esta tese, seja na matéria da revista 'Prática Jurídica" em 2014 onde o Drº Francisco Teobaldo Cunha levanta o debate fazendo considerações pelo tema[30].

Então como na justiça a arbitragem respeita todos os quesitos da usucapião, posse continua e interrupta,

Ressaltasse que o maior defensor da tese seja o Drº Antônio Esmeraldo Ferreira Silva, advogado e arbitro, a qual possui artigos pelo tema e em processo de constituição do presente trabalho pude ter a honra de entrevistá-lo. Tendo

---

29. < http://www.oestadoce.com.br/opiniao/usucapiao-e-arbitragem >

30. CUNHA, Francisco Teobaldo. "Usucapião por arbitragem afinal, é possível resolver ação de imóveis por arbitragem". Pratica Jurídica, ed. 143; Janeiro de 2004; pag. 26-27.

assim exposto toda a temática de usucapião por arbitragem como vejamos a seguir:

> “Primeiro vamos fazer breves considerações sobre a natureza jurídica da ação de usucapião, temos que a ação aqui em foco trata-se de uma ação declaratória de direitos , e não de uma ação constitutiva, em um segundo momento o objeto jurídico envolvido, é disponível por excelência, posse e propriedade, só nos resta analisar as pessoas envolvidas, que devem ser físicas ou jurídicas, maiores e capazes com o fito de atender o comando legal da Lei Federal de arbitragem (9.307/96).
>
> Com estas considerações em mente, vamos á pratica, primeiramente as partes devem nomear uma instituição para administrar o processos, de preferência uma que domine assunto, para aplicar no caso concreto as peculiaridades que a legislação exige, sob pena de se não o fizer, ter ao final uma decisão passiva de desconstituição.
>
> Deverá a instituição de arbitragem administrar tal processo tendo como base o CPC a partir do art. 942 e seguintes, atentando para um dos pilares fundamentais do instituto da arbitragem, a autonomia da vontade das partes , sendo que os confinantes precisam ser esclarecidos que o fato de o imóvel ao seu lado esta sendo regularizados não lhe trará qualquer prejuízo , ao contrario garantirá legalmente os limites da sua parte.
>
> Após a notificação as fazendas , municipal estadual e federal, a assinatura do compromisso , a publicação dos editais como previsto, a analise dos documentos que a legislação exige e outros que prove

> a posse mansa e pacifica, incluindo aí o tempo da posse, deve o arbitro declarar, mediante sentença arbitral (titulo executivo judicial Art. 475-N,IV), desde que considere preenchida os requisitos legais, a propriedade por meio de aquisição originaria, devendo ser tal sentença devidamente fundamentada levada a cartório de registro de imóveis, com recolhimento dos impostos devidos para anotação.
>
> (...)
>
> O caminho supra delineado tem sido trilhado por este autor superando todas as etapas com êxito, disponibilizando aos interessados uma nova e legal modalidade de regularização de seus imóveis, tendo em vistas que o mesmo é entusiasta desta área do conhecimento tendo se dedicado a essa via de resolução de conflitos a quase 10 anos. [31].

A presente pesquisa alcançou algumas públicas em diário oficial onde verifica a aplicação no caso concreto, e por respeitar o sigilo profissional vigente em matéria arbitral não divulgaremos.

3.5. EFEITOS DA SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral tem o mesmo efeito da sentença judicial, ou seja, se caracteriza como título executivo judicial.

Em mão da sentença arbitral o interessando deve registrar a mesma junto ao cartório de registro de imóveis competente para sua propriedade.

Podendo ocorrer, geralmente por falta de conhecimento nos termos da sentença arbitral, que o notário negue a realização da anotação da sentença arbitral, no registro do imóvel cabendo assim medida judicial.

---

31. <https://juridicocerto.com/p/aeadvocacia/artigos/a-usucapiao-por-arbitragem-e-possivel-629 >

Ou seja, da mesma forma que a lei previu a sentença arbitral tendo o mesmo efeito da sentença judicial por caracteriza como título executivo judicial. Previu também que o cumprimento de sentença há de ser proposto perante um juízo estatal, seguindo as regras gerais de competência. Ao árbitro ou tribunal arbitral cabe proferir a sentença, sendo do juízo estatal a competência para processar e efetivar o cumprimento da sentença, há execução do mesmo. Porém e com o remédio constitucional de Mandado de Segurança que resguarda o direito e cumprimento ao R.G.I. de cumprir a devida anotação da sentença arbitral na matrícula do imóvel até verificar as mudanças e se ter a Carta Arbitral que supre comunicando e requerendo execução da sentença arbitral.

4. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A Lei nº. 13.105, publicada em 17 de março de 2015, que referente ao Código de Processo Civil entrando em vigor em março de 2016, é uma obra única mundialmente falando, trazendo profunda mudança não só no sistema processual brasileiro ou ordenamento jurídico pátrio, mas também profunda necessidade de mudança social. Abordou inovadoramente sobre a possibilidade de se obter a usucapião pela via extrajudicial via cartorial.

Impossível e não vislumbrar que todas estas mudanças tende haver na busca preocupante de sanar a morosidade da prestação da tutela jurisdicional. A morosidade na prestação jurisdicional e um afronto constitucional.

4.1.A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL POR CARTÓRIO

Agora, além da via judicial, o pedido de usucapião de bem imóvel poderá ser realizado perante o Cartório de Regis-

tro de Imóveis da comarca em que o bem usucapiendo estiver localizado. Assim surge a usucapião extrajudicial ou administrativa por via de Cartório, onde o art. 1.071 do Código de processo Civil trouxe esta inovadora e eficaz permissão, pela qual o interessado poderá formular o pedido de usucapião perante o Cartório de Registro de Imóveis, por meio de advogado ou defensor público constituído.

Para tanto, deverá o interessado apresentar o pedido fundamentado, acompanhado dos documentos como: Ata Notarial lavrada pelo tabelião com tempo de posse e seus antecessores; Planta e Memorial descritivo assinada por profissional habilitado; Certidões Negativas dos distribuidores do local do imóvel e domicílio do interessado; Justo título (documento que demonstra a efetiva aquisição da posse do bem) ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como pagamento de impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

Após recebimento de toda documentação, caberá ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis proceder à intimação dos confinantes, da (s) pessoa (s) em cujo nome estiver registrado, das Fazendas Públicas (municipal, estadual e federal) para se manifestarem no prazo de 15 (quinze) dias.

Ressaltasse que a usucapião extrajudicial por via de cartório só pode ir adiante caso haja a concordância dos confinantes, pessoas interessadas e constantes no registro, e das Fazendas Públicas. A projeto aguardando ser sancionada onde o anterior proprietário que deixou de exercer sua posse sobre a propriedade não impedira mais ao posseiro de usucapir por meios administrativos quando este se silenciar.

Dentre as vantagens deste novo instituto estão o fato tempo e custo, pois àqueles que possuem toda a documentação poderá apresentar no Cartório de Registro de Imóveis competente e realizar o pagamento em taxa única ao cartório para o trâmite.

Em derradeiro, não exauriente sobre o tema, faz esclarecer que a Usucapião extrajudicial via cartorial não ilide a propositura da ação. Isso porque os parágrafos 9º e10ºdo art. 1.071 do Código de processo Civil permitem ao interessado procurar o Poder Judiciário caso o pedido de usucapião seja negado pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis e/ou ainda, caso haja impugnação por algum dos interessados intimados ao pedido de usucapião, que haja a remessa do procedimento ao Poder Judiciário a fim de que haja a conversão do procedimento administrativo em judicial, ou seja, o interessado pode ter a segurança de que terá salvaguardado seu direito constitucionalmente garantido o acesso à Justiça mesmo que tenha inicialmente optado em requerer a usucapião pelas vias administrativas.

4.2 A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL POR REGULARIZAÇÃO FIDUCIARIA

Coincidência ou não devemos acrescentar que no Brasil já houver outra forma de se ter a usucapião extrajudicial[32], foi com advento da Lei nº 11.977 de 07 de Julho de 2009, que tratava da regularização fundiária bem como do Programa Minha Casa, Minha Vida. A Lei n. 11.977/09 dispõe sobre a regularização fundiária de interesse social (RFIS) e a regularização fundiária de interesse específico (RFIE), conforme disposto em seu art. 47 , no capítulo III que tratava da regularização Fundiária de Assentamentos urbanos, contudo fora o capitulo revogado pela medida provisória nº. 759 de 22 de Dezembro de 2016.

---

32. GONÇALVES, Vinicius de Almeida; MAIA, Taciana Mara Corrêa. "A USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA". "O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise sobre a usucapião administrativa, vista como instrumento de regularização fundiária introduzida pela Lei n. 11.977/09; a qual busca, por via extrajudicial, contribuir para o combate ao déficit habitacional no País, forte no respeito à função social tanto da propriedade como da posse." Acesso em 06/06/2017, <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/29/artigos/artigo03.pdf >

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas cidades a um grande número de imóveis que não tem registro dentre outras aberrações jurídicas pelo qual se apresenta um gigantesco problema para a regularização imobiliária. Este problema cresce se visto pelo condão de que a moradia irregular significa encontrasse em condições permanentes de insegurança.

Assim apresentasse o instituto da usucapião para salvaguardar boa parte desta problemática. Usucapião é uma forma de aquisição da propriedade de bem móvel ou imóvel que se dá pela posse prolongada e ininterrupta da coisa, durante o prazo legal estabelecido para a prescrição aquisitiva. A Usucapião instituto muito antigo no ordenamento jurídico, e apresenta dentro de seu atuar integração profunda com outros institutos jurídicos como posse, propriedade, direito social entre outros. Na legislação pátria, a usucapião está prevista principalmente no Código Civil Brasileiro e na Constituição da República Federativa do Brasil como direito material.

Se Morar irregularmente significa estar em condição de insegurança jurídica permanente, a onde ao uso da Usucapião transforma este estado para segurança jurídica por um direito social que e a moradia.

Porem a aplicação deste direito material possuía uma formulação minuciosa com participação do Estado com a sua toga judicial, ou seja, para se obter declaração de que se cumpria todos os requisitos legais da usucapião só conseguia através de ação judicial com demoras da prestação jurisdicional por décadas, com um alto custo, e um desgaste imensurável entre os envolvidos. A prestação jurisdicional no ordenamento Jurídico Brasileiro tem gerado e tem sido merecedora de criticas de forma infindável.

E verdade que muito se tentou ainda infrutífera se alcançar uma prestação jurisdicional brasileira mais efetiva e não morosa. A necessidade de disseminação cultural de que se

pode solucionar conflitos com meios auto compositivos como a mediação, conciliação, negociação e arbitragem.

Em 2015 o Brasil teve um grande avanço legislativo em favor da cultura da desjudicialização. A Lei nº. 13.105, publicada em 17 de março de 2015, que referente ao Código de Processo Civil entrando em vigor em 18 de março de 2016 tendo em sua essência a desjudicialização dos conflitos para alcance de que uma justiça menos sobrecarregada e menos morosa. A Lei nº 13.129 de 26 de Maio de 2015 para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem. A Lei nº. 13.140 de 26 de Junho de 2015 **é** quem disciplina sobre as sessões de mediação e sobre as audiências de conciliação, conhecida como Lei Geral da Mediação, que também se cabe a Conciliação.

Código de Processo Civil obra única mundialmente que trouxe várias mudanças no ordenamento jurídico. A também a possibilidade de se obter a usucapião pela via extrajudicial via cartorial. Impossível e não vislumbrar que todas estas mudanças tende haver na busca preocupante de sanar a morosidade da prestação da tutela jurisdicional. A morosidade na prestação jurisdicional e um afronto constitucional.

Agora, além da via judicial, o pedido de usucapião de bem imóvel poderá ser realizado perante o Cartório de Registro de Imóveis da comarca em que o bem usucapiendo estiver localizado. Assim surge a usucapião extrajudicial ou administrativa por via de Cartório, onde o art. 1.071 do Código de Processo Civil trouxe esta inovadora e eficaz permissão, pela qual o interessado poderá formular o pedido de usucapião perante o Cartório de Registro de Imóveis, por meio de advogado ou defensor público constituído. A usucapião extrajudicial via cartorial não ilide a propositura da ação, pois permitem ao interessado procurar o Poder Judiciário caso o pedido de usucapião seja negado ou caso haja impugnação por algum dos interessados intimados ao pedido de usucapião.

Ainda na ideia de desjudicialização entra a arbitragem só chegou a este patamar apos a criação da Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996, a Lei Maior da Arbitragem. Com a criação da Lei nº13.129,de 26 de maio de 2015 há derrogação da Lei Maior da Arbitragem para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem dentre outras partes que só melhoraram a constituição da arbitragem no Brasil. A Lei Maio da Arbitragem deve, pois, ser lida e interpretada, em consonância com o sistema jurídico e não isoladamente. Por envolver decisões proferidas no âmbito de um mecanismo privado de resolução de controvérsias, a arbitragem desponta como uma alternativa célere à morosidade do sistema judicial estatal.

A arbitragem é um instrumento compositivo de solução de controvérsias ressalvando que e o único com também possui condição de resolução decisória para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, onde os institutos de posse e propriedade são disponíveis deixando assim a possibilidade de resolução com a usucapião por arbitragem.

Para se obter a arbitragem as partes devem prévia e expressamente autorizá-lo escolhem utilizar a arbitragem para solução da controvérsia. Quando elas manifestam a opção de substituir a jurisdição estatal pela arbitral, no caso da usucapião se trata do interessado em usucapir e todos os confinantes e confrontantes. O princípio da autonomia da vontade tem algumas limitações, dentre elas: os preceitos da ordem pública e bons costumes, e as imposições legais, o compromisso arbitral, conforme o artigo 10 da mesma lei.

Na ação de usucapião o que se tem é uma natureza declaratória, ou seja, a usucapião como direito material já por si e aquisitiva, a 'ação judicial' ou outros meios são mera formalidade para confirma os requisitos necessários, por tanto se busca a declaração de aquisição do domínio pela posse prolongada e ininterrupta.

Ressaltar e que os direitos que se requer adquirir coma usucapião são direitos patrimoniais disponíveis em sua natureza. Logo não há impossibilidade que a reivindicação deste direito pela via jurisdicional como a arbitragem.

A sentença arbitral tem o mesmo efeito da sentença judicial é título executivo judicial Em mão da sentença arbitral o interessando deve registrar a mesma junto ao cartório de registro de imóveis competente para sua propriedade.

Podendo ocorrer, geralmente por falta de conhecimento nos termos da sentença arbitral, que o notário negue a realização da anotação da sentença arbitral, no registro do imóvel cabendo assim medida judicial, o remédio constitucional de Mandado de Segurança que resguarda o direito e cumprimento ao R.G.I. de cumprir a devida anotação da sentença arbitral na matrícula do imóvel, desde que figure no polo ativo o interessado ao registro. Ou ainda quando requerida pelo arbitro ou tribunal arbitral se vale da utilização da Carta Arbitral, instrumento de comunicação trazida pela Lei nº. 13.129/2015, que ampliou a lei Maior da Arbitragem e criou um sistema de comunicação entre o juiz árbitro e o juiz do Estado.

A usucapião extrajudicial via arbitral apresentou em pesquisa falta de doutrinas substanciais sobre o tema ainda, muito menos se encontrou algum material científico dispondo comentários contrários a sua possibilidade, viabilidade e existência. No entanto, apresenta crescente número de adeptos a tese e colocação em prática da mesma sobre usucapião extrajudicial por via arbitral.

A desjudicialização da usucapião no Brasil tem não só pela usucapião administrativa via cartório como prevê o Código de Processo Civil atual, e a usucapião extrajudicial via arbitragem, mas já houver outra forma de se ter a usucapião extrajudicial, foi com advento da Lei nº 11.977 de 07 de Julho

de 2009, revogado pela medida provisória nº. 759 de 22 de Dezembro de 2016, a que tratava da regularização fundiária bem como do Programa Social Minha Vida, Minha Casa.

Por derradeiro, dentre as vantagens da usucapião extrajudicial por cartório estão o fato tempo e custo, pois àqueles que possuem toda a documentação poderá apresentar no Cartório de Registro de Imóveis competente e realizar o pagamento em taxa única ao cartório para o trâmite. O mesmo lhe acontece com a usucapião extrajudicial por arbitragem incluindo ainda a vantagem que alguns problemas não resolvidos pelo notário num usucapião extrajudicial por cartório se consegue ser sanados com o conhecimento especializado do arbitro.

Logo o que se deve ter em mente e que quanto mais formar de alcançar a declaração da usucapião mais meios de sanar a insegurança jurídica quanto ao direito social a moradia, para isso pedimos permissão ao pensamento de Mahatma Gandh quanto a religião para aplicarmos ao caso, com as devidas *Vênias*, dizemos que usucapião seja qual caminho diferente, seja por meio judicial, extrajudicial por cartório ou arbitral, convergem para o mesmo ponto. Que importância faz se seguirmos por caminhos diferentes desde que alcancemos o mesmo objetivos?

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Nathália Correia Pompeu e Sílvia Helena Brito no artigo científico com tema “Mediação e a Cultura de Litígio- A educação como Estratégia para transformação”, apresentado na Global Mediation Rio em 2014, impressa na coletânea sobre o livro “Mediação e Direitos Sociais Indisponíveis: Trabalho, Saúde, Educação e Meio Ambiente

< https://juridicocerto.com/p/aeadvocacia/artigos/a-usucapiao-por-arbitragem-e-possivel-629 >

CUNHA, Francisco Teobaldo. “Usucapião por arbitragem afinal, é possível resolver ação de imóveis por arbitragem”. Pratica Jurídica, ed. 143; Janeiro de 2004; pag. 26-27.

http://www.oestadoce.com.br/opiniao/usucapiao-e-arbitragem

Citação retirada do artigo Uma reflexão sobre o momento da audiência do Art. 334 do NCPC e a contestação. < http://inteiroteor.org/2016/colaborando-conosco/uma-reflexao-sobre-o-momento-da-audiencia-do-art-334-do-ncpc-e-a-contestacao/ > .

< http://www.emerj.rj.gov.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_51.pdf >

_GONÇALVES, Vinicius de Almeida; MAIA, Taciana Mara Corrêa. “A USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA”. Acesso em 06/06/2017, < http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/29/artigos/artigo03.pdf >

BROCHADO, Daniel Keunecke. A regularização fundiária e a usucapião administrativa da Lei do Programa “Minha Casa Minha Vida”. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2574, 19 jul. 2010 . Disponível em: . Acesso em: 7 abr. 2013.

“Está previsto o direito à aquisição de direitos reais, entre eles o de propriedade, para bens móveis e imóveis, porém os imóveis públicos não são suscetíveis de aquisição da propriedade, embora outros direitos reais sejam possíveis. Vide o §3º do art. 183 e o parágrafo único do art. 191, tudo da Constituição Federal,[1] o art. 102 do Código Civil[2] e a Súmula nº 340[3] do Supremo Tribunal Federal.” < https://pt.wikipedia.org/wiki/Usucapi%C3%A3o >

O CONTRIBUTO DO INTERESSE PÚBLICO LÍQUIDO ANTE A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Glaucia Maria de Araújo Ribeiro[33]
Allex Jordan Oliveira Mendonça[34]

Grupo de trabalho: Direito Público Contemporâneo.

Resumo: O presente trabalho busca analisar a nova interpretação dada ao Interesse público, no Estado de Direito contemporâneo. Por esta perspectiva, a pesquisa utilizou concepções doutrinárias para tecer algumas considerações acerca do tema. Neste cenário, o interesse público deixa legalidade administrativa e abre espaço para uma visão mais moderna de um agir. Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a doutrina contemporânea buscou dar espaço a proporcionalidade na dinâmica de interpretação, apresentando o interesse público na sua forma líquida. Assim o objetivo deste texto é aliar a análise deste interesse público, tendo como base a Constituição Federal, frente a proteção ambiental dada

33. Doutoranda em Saúde Coletiva – DINTER IMS/ UERJ & UEA. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Administração Pública com ênfase em Direito Público. Professora Assistente "D" de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Amazonas. Bacharela em Filosofia – Universidade Federal do Amazonas.

34. Pós Graduando em Direito Público - Universidade do Estado do Amazonas & OAB/AM. Bacharel em Direito – Universidade do Estado do Amazonas.

aos bens estatais. Este conteúdo, traz um novo pensar a respeito da aplicação da Supremacia do Interesse Público na preservação dos bens ambientais e na propriedade.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Interesse Público Líquido. Bens públicos. Preservação do meio ambiente.

Abstract: The present work seeks to analyze the new interpretation given to the Public Interest in the contemporary State of Law. From this perspective the research used doctrinal concepts to make some considerations about the subject. From this perspective the public interest leaves administrative legality and opens space for a more modern view of an action. With the constitutionalisation of Administrative Law contemporary doctrine sought to give space to proportionality in the dynamics of interpretation by presenting the public interest in its liquid form. Thus the objective of this text is to combine the analysis of this public interest based on the Federal Constitution regarding the environmental protection given to state assets. This content brings new thinking about the application of the Supremacy of Public Interest in the preservation of environmental goods and property.

1. Introdução.O trabalho apresenta apontamentos a respeito da nova forma de se interpretar o interesse público. Neste contexto, utilizou-se do estudo introdutório sobre os bens ambientais, para demonstrar que este preceito administrativo contribui para a preservação do meio ambiente e dinamiza o uso da propriedade, de forma que a Supremacia do Estado é vista de forma mais racional. O referencial teórico explorado foi lapidado pela doutrina contemporânea, a fim de demonstrar a nova razão de ser do Direito Administrativo. **Justificativa:** Esta pesquisa se justifica pelo tratamento constitucionalizado

dado a matéria, visto que com o nascimento da Constituição Federal de 1988 o uso da interpretação tornou-se fundamental para a aplicação do direito. Assim, tentou-se agregar essa nova visão como alternativa de sopesar a falsa percepção de uma supremacia Estatal excessiva, visto que o interesse público líquido harmoniza direitos individuais (como os de propriedade) à finalidade pública. Dar função social a propriedade ou preservar um bem ambiental, através do tombamento, são exemplos de como o interesse público concilia direitos individuais com a sua finalidade, qual seja, o bem coletivo. **Estratégia metodológica:** Da análise dos bens públicos e do conceito de meio ambiente no cenário pós-moderno, buscou-se uma fundamentação para a nova aplicabilidade do poder estatal. **Resultados:** Através deste estudo, percebeu-se que uma das características da pós modernidade é a reformulação da relação dos cidadãos com o Estado. Atribuir o interesse público como líquido fomenta a ideia de um Estado interpretador que enaltece os direitos individuais. **Conclusão:** Assim, constatou-se uma nova compreensão do interesse público: a legalidade deu lugar a juridicidade administrativa, fundamento que desvencilha a Administração Pública da ideia positivista tradicional e, assim, abrindo espaço para uma pluralidade normativa garantidora. Tal feito contribui para se entender que o interesse público não visa apenas a supremacia da Administração Pública quando em conflito com o particular. Embora seja uma expressão de difícil definição, o interesse público, quando acobertado pelo espírito constitucional, reduz incertezas , obscuridades e abusos na seara administrativa.

1. INTERESSE PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

Quando se fala em Interesse público é necessário entender o momento em que a sociedade se encontra O início do interesse público teve como cenário a Revolução Francesa: o Estado de

Direito se modifica e passa de um modelo opressor e autoritário para um Estado Liberal, que visa a liberdade da sociedade.

Entretanto este Estado Liberal se acobertou pelos interesses da burguesia, servindo a liberdade apenas como instrumento da liberdade de mercado.

Assim, tal Estado Liberal não vingou, e ao longo do século XIX, reações populares levaram o Estado de Direito à forma social, com afirmação da igualdade como seu postulado. Entretanto, este novo regime continuou autoritário, mas com outra roupagem: "maior invasão na medida em que avança à modelação da vida privada, de sua alma, do espírito de cada indivíduo, dos costumes da sociedade, tudo conforme a ideologia dominante." (PIRES, 2014, p. 376).

A terceira fase do Estado Direito – democrático – emergiu após a 2ª Guerra Mundial, neste cenário: "busca-se redescobrir o que se perdeu ao longo do caminho, a liberdade e a igualdade, e seguir adiante, encontrar a fraternidade, a composição integral, portanto, do ideário da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade" (PIRES, 2014, p. 376).

Neste contexto, a "razão humana" torna-se instrumento necessário não só para se entender o Estado de Direito, mas também entender o Interesse Público em sua forma líquida.

O uso da razão crítica, nesse cenário, promoveu um raciocínio delicado sobre a sociedade, visto que acaba com essa marca de solidez do que é produzido – característica do positivismo –, buscando entender o mundo contemporâneo de forma reflexiva. Essa nova forma de pensar inicia a pós modernidade.

Zygmunt Bauman demoninou nosso tempo como líquido (modernidade líquida), para explicar o mundo contemporâneo e a nova roupagem do interesse público, visto que tais transformações também foram sentidas no Direito Administrativo. (PIRES, 2014).

Embora este ramo do direito tenha nascido em uma sociedade autoritária, na qual a legalidade serviu como privilégio do Estado que diminuía a autonomia dos cidadãos, atualmente sua concepção busca observar preceitos constitucionais na realização das atividades estatais, prevalecendo interesses coletivos em detrimento de interesses individuais subjetivos. Alguns direitos – como a cidadania, o desenvolvimento nacional e os valores sociais do trabalho – são realizados graças ao exercício do interesse público líquido. (PIRES, 2014).

O Direito Administrativo está atrelado a um conjunto de regras e princípios que dinamizam o Estado. Atualmente, tal ramo do direito vem se modificando por meio do fenômeno da Constitucionalização. Tal mudança modifica preceitos normativos basilares – como a legalidade e a supremacia do interesse público – com objetivo de apresentar uma nova roupagem as garantias e direitos dos cidadãos. (SIQUEIRA, 2016).

A legitimação do Direito Administrativo, assim como a construção de suas normas e a sua aplicação aos casos concretos devem necessariamente levar em consideração as ideias de, supremacia da Constituição.

O Direito Administrativo contemporâneo, e por consequência óbvia, o interesse público que o permeia, não podem ficar alheios às transformações e inovações no novo constitucionalismo. É exatamente neste universo de modificações que se pretende discorrer sobre a ideia do interesse público. Para este novo olhar deu-se o nome de "novo Administrativismo". (SIQUEIRA, 2016, p. 10).

Essa nova visão do Direito Administrativo, influenciada pelo neoconstitucionalismo, dinamiza a nova forma de se interpretar o interesse público, e se ostenta como "caminho apto a sanar o hiato entre a compreensão tradicional dos institutos administrativistas e o reconhecimento da necessidade de filtragem constitucional de todo o direito". (SIQUEIRA, 2016, p. 122).

O Interesse público deve vislumbrar o "dever ser" para além da concepção da lei como norma positivada; deve estar amparado pela Constituição, além de reconhecer a relevância da interpretação e dos princípios na construção do bem geral.

Com este espírito, é possível que a Administração Pública construa uma sociedade livre e solidária, que garanta o pleno desenvolvimento social, diminuindo os preconceitos vividos pelas minorias e promovendo o bem estar coletivo. Analisar o interesse público contemporâneo traz a ideia de um Direito Administrativo não arraigado a legalidade – lei em sentido estrito. Embora estejam intimamente ligados (legalidade e interesse público), para formação do bem comum, o Direito deve ter como ponta de partida os textos jurídicos plurais. (SIQUEIRA, 2016).

Assim, a legalidade administrativa deu lugar a juridicidade – visão contemporânea de um agir vinculado a Constituição Federal, que reconhece o "dever ser" além da ideia positivista tradicional, dando espaço à pluralidade normativa, utilizando-se de princípios e regras constitucionais para a sua aplicação.

Vale destacar que a legalidade não foi extinta do mundo jurídico, a esta foi dada uma roupagem constitucional. Neste sentido, a análise do que é interesse público deve passar pelo crivo da juridicidade administrativa.

O uso de textos jurídicos plurais, ou seja, a juridicidade, tem valor significativo quando se busca analisar o que é interesse público. Isto porque a expressão é considerada aberta – possui vários significados.

> O uso de expressões abertas, além de viabilizar coerência e unidade ao ordenamento e de legitimar a atuação estatal, é uma das formas de permitir ao Direito se adequar às transformações sociais e temporais sem a necessidade de mudanças constantes

> em seus textos via processo legislativo e, ainda, sem a necessidade de interpretação deturpada de escritos positivados no sentido de forçá-los a dizerem o que não dizem. (SIQUEIRA, 2016, p. 138)

Além disso, como se viu ao longo do trabalho, a sociedade possui dinamicidade nas relações sociais e, neste sentido, o uso de expressões abertas, como "interesse público", reforça a ideia de modernidade líquida, pois a todo momento esta expressão deve ser interpretada e aplicada a determinada situação e em determinado momento.

Com isso, o uso da interpretação se faz necessário para exteriorizar o conteúdo da norma de modo racional: "Aqui, a ideia é a de que o papel da Hermenêutica Jurídica e o uso racional de seus ensinamentos são peças fundamentais na redução das incertezas que permeiam a concretização da expressão interesse público" (SIQUEIRA, 2016, p. 148).

Tendo em vista a sua plurissignificação, a definição de interesse público deve ser sempre feita diante do caso concreto. Ressalta-se que o constituinte originário, a fim de evitar arbitrariedades e abusos de poder dispôs na Carta Magna a sua delimitação.

O fato do interesse público ser uma expressão plurissignificativa resulta no entendimento de que não existe apenas um: este é plural. Isto decorre do processo de civilização do Brasil, construído sobre a miscigenação de povos indígenas, negros e europeus, resultando em uma sociedade plural e desigual. Neste sentido, o interesse público deverá ser múltiplo, tendo em conta as variedades de tutelas jurídicas que compõem a coletividade. Quanto a aplicabilidade do Interesse Público, esta é feita em favor de todos os cidadãos. Por este ângulo, deve-se levar em conta não apenas a quantidade de pessoas, mas também a qualidade. Assim, mesmo que haja

grande quantidade de pessoas em determinado seguimento social, este grupo, em termos de qualidade, pode não fazer jus a aplicabilidade do Interesse Público. Neste diapasão é necessário analisar tais elementos, quais sejam, quantidade e qualidade, para se fazer jus a tutela jurídica pretendida com fundamento no Interesse Público. (SIQUEIRA, 2016).

Em se tratando de minorias qualitativas - negros, índios, etc – não é razoável ou compatível com a juridicidade constitucional excluí-las da hipótese de tutela fundamentado na ideia de interesse público legítimo, pois o ordenamento jurídico brasileiro consagra proteção a todos.

Por fim, deve-se esclarecer o uso da expressão "pedras de toque", utilizada pela doutrina brasileira, a exemplo do renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, para se referir a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Tais desdobramentos do interesse público representam a base do regime jurídico administrativo.

Em relação a supremacia do interesse público sobre o privado, "trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e a asseguramento deste último" (MELLO, 2008, p. 69).

A supremacia do interesse público sobre o privado é pressuposto que não possui previsão expressa na Constituição Federal, sendo verificada implicitamente e alicerçada pela doutrina brasileira. Este pressuposto remete a ideia de que um interesse privado não pode prevalecer quando em conflito com um interesse público.

Para a doutrina moderna, o entendimento de que o interesse público é supremo e absoluto em relação ao particular traz questionamentos e críticas: hoje, tomando por base a

ideia de supremacia da constituição, a dignidade humana e os direitos fundamentais, o Poder Público não deve atuar a partir da lógica da supremacia do interesse público, mas sim diante da máxima da proporcionalidade e a luz da Constituição Cidadã. (SIQUEIRA, 2016).

No que tange a indisponibilidade do interesse público pela Administração – também chamado de finalidade pública (DI PIETRO, 2014, p. 67) – tal axioma refuta a premissa de que "sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis". (MELLO, 2008, p. 74).

Embora não haja previsão constitucional, este pressuposto não carece de proteção jurídica, tal ideia está entranhada ao interesse público. Exemplos disso encapam todo o Direito Administrativo: tombamento de bem público; permissão de uso de bem público; afetação dos bens públicos; necessidade licitação para aquisição ou alienação de bens, etc. Em alguns exemplos citados o particular até pode usar o bem, porém encontra limites normativos que impedem a apropriação pelo particular.

Posto os conceitos doutrinários a respeito dos elementos que compõem o interesse público, vale ressaltar o posicionamento moderno da doutrina administrativista.

Atualmente as pedras de toque são vistas, pela doutrina mais moderna, como regras, visto que "por serem mais exatas do que os princípios, seguem a lógica do tudo ou nada, devendo ser aplicadas na exata medida daquilo que prescrevem ". (SIQUEIRA, 2016, p. 212).

O uso da proporcionalidade e da hermenêutica deve ser feito quando houver conflitos de interesse público versus interesse privado. Além disso, estes últimos, sob a ótica constitucional pós positivista, são visto como direitos fundamentais individuais, devendo a ponderação ser feita quando houver colisão no caso concreto.

2. BENS PÚBLICOS À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Após a análise da figura do interesse público, com seus aspectos históricos e sua nova dinâmica de interpretação, faz-se necessário trazer ao presente trabalho um estudo a respeito dos bens públicos à luz do Direito Administrativo visto que compreender este instituto torna-se crucial para analisar o contributo do interesse público ante a proteção ambiental da propriedade.

Ressalta-se que análise introdutória a respeito do Estado e do que é interesse público torna-se ponto estratégico para dar viabilidade a forma de como a Administração Pública intervém na propriedade, pois visa coibir abusos, desvios de finalidade, delimita obrigações, etc.

Quando se fala dos bens públicos, alguns conceitos devem ser trazidos a baila para que se entenda a pertinência da matéria. Estes são: domínio público; domínio eminente; conceito de bens públicos e suas características.

Em relação ao domínio público, a doutrina aponta duas acepções do instituto, embora afirme que seja uma expressão aberta sem um sentido preciso.

A primeira acepção é no sentido de que os bens públicos pertencem ao Estado, ou seja, fazem parte do domínio da Administração Pública. "neste caso, o adjetivo público fica entrelaçado à noção de Estado, a quem é conferido um poder de dominação geral." (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1155).

Noutro sentido, a expressão domínio público significa um conjunto de bens designados a sociedade, seja de forma direta ou indireta. Por esta perspectiva, não só o patrimônio estatal é considerado bem público; todos os bens utilizados pelo público em geral são considerados desta forma. São bens públicos "mesmo quando fossem diversos dos bens que normalmente são objeto de propriedade (como praças públicas, por exemplo)

ou quando se caracterizassem pela inapropriabilidade natural (como o ar, *verbi gratia*)." (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1155).

Em relação ao domínio eminente, este leva em conta o poder político que o Estado possui – poder decorrente de sua soberania – significando dizer que todas as formas de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade decorre do domínio eminente.

A ideia de domínio eminente está intimamente ligado ao interesse público, pois é considerado como um poder que influencia não só a propriedade, mas também as pessoas e os bens que encontram no seu território. Da mesma forma que o interesse público, o domínio eminente não é um poder arbitrário e está sujeito ao direito e interpretações.

Por fim, vejamos o conceito de bens públicos:

> Com base no vigente dispositivo do novo Código, podemos, então, conceituar bens públicos como todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1157).

Como se percebe, este conceito, dado pelo nobre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, limita a definição dos bens ao direito civil.

Atualmente a melhor interpretação busca integrar a propriedade privada atrelada a uma finalidade pública. Neste sentido é o Enunciado n. 287 do Conselho da Justiça Federal, concluído na IV Jornada de Direito Civil:

> O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente à pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos.

Assim é o regime jurídico da gestão dos bens públicos: quando estes forem públicos estarão sujeitos ao regime de direito público. Quanto aos bens particulares, caso sua finalidade esteja afetada a uma atividade pública, estes serão considerados como propriedade pública. Todos estes possuem como características: inalienabilidade; impenhorabilidade e a imprescritibilidade.

3. PONDERAÇÕES A RESPEITO DO INTERESSE PÚBLICO LÍQUIDO ANTE A PROTEÇÃO DOS BENS ESTATAIS E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Passado o introito a respeito do interesse público e da análise do regime dos bens públicos, parte-se para a análise de como aquele preceito jurídico – qual seja, o interesse público – contribui para a preservação do meio ambiente e dinamiza o uso da propriedade.

Inicialmente, para se entender como a propriedade é utilizada pelo Estado, e como o interesse público a influência, algumas ponderações merecem destaque.

Ressalta-se que estudo do meio ambiente não é matéria reservada apenas ao Direito Ambiental; esta disciplina é tratada por várias ciências jurídicas, inclusive pelo Direito Administrativo. Tal entendimento decorre do fato de que o interesse na proteção do meio ambiente tem natureza pública, atuando o Estado como seu administrador. Esta intervenção estatal no meio ambiente é obrigatório, podendo ser conside-

rada como um dos princípios basilares do direito ambiental, pois o poder público não é considerado proprietário dos bens ambientais e sim um gestor. (MACHADO, 2012).

No que concerne ao seu conceito, a lei federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – define meio ambiente como o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (art. 3º, I). Além disso, o art. 2º, I considera o meio ambiente como "um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo".

Já o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 22.164-0 conceituou o meio ambiente como "um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incube ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações".

Quanto a Constituição Federal, esta conceituou o meio ambiente, em seu art. 225, como bem de uso comum do povo. Esta definição, entretanto, trouxe divergências doutrinárias a respeito do que é um "bem ambiental", visto que antes do constituinte de 1988, os bens eram divididos pela antiga dicotomia civilista, que os separava em públicos e privados.

Embora o presente trabalho não tenha como objetivo tecer as teses a respeito da natureza jurídica do bem ambiental, importa ressaltar algumas dessas para fins de análise do interesse público.

Para uma primeira corrente, defendida por José Afonso da Silva, o bem ambiental tem como fim o interesse público, e usa com base no art. 225 da Constituição Federal que define como "bem de uso comum do povo".

O bem ambiental não pode ser tomado por particulares, "significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade [...]. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo". (SILVA, 2013, p. 88).

Já uma segunda corrente inova ao considerar o bem ambiental como terceiro gênero do de bem, acabando com a dicotomia pública- privada.

> Ao estabelecer a existência de um bem que tem duas características específicas, a saber, ser essencial à sadia qualidade de vida e de uso comum do povo, a Constituição de 1988 formulou a inovação verdadeiramente revolucionária, no sentido de criar um terceiro gênero de bem que em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos e muito menos com os bens privados (FIORILLO, 2013, p. 145).

Esta corrente remete a doutrina italiana para explicar porque os bens ambientais são considerados um gênero a parte. Para tal viés, há uma grande precariedade em se criar juridicamente uma definição a respeito do bem ambiental.

Isto ocorre devido à pluralidade de fatores que compõem o meio ambiente. Este pode ser considerado como um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou como um bem de uso comum do povo, ou até mesmo um bem essencial à sadia qualidade de vida.

Neste sentido, fundamenta-se a inserção de uma nova classificação a partir da ideia de uma modernidade líquida. Esta nova concepção "traduz a necessidade de orientar um

novo subsistema jurídico orientado para a realidade do século XXI". (FIORILLO, 2013, p. 145).

Conforme comentado alhures, com o surgimento da Constituição Federal de 1988 o uso da interpretação tornou-se fundamental para aplicação do direito. Além disso, a Carta Magna inseriu a figura dos direitos difusos como alternativa de se englobar a tutela de direitos de natureza indivisível que possui como titulares pessoas indeterminadas. Por este ângulo, o art. 225 da Carta da República estabelece uma estrutura que não pode ser considerada nem pública e nem privada, configurando-se uma nova realidade jurídica.

Por fim, ressalta-se que a realidade do bem ambiental como direito difuso é pautada em dois aspectos que compõe o aludido artigo: o aspecto de uma essencial qualidade de vida; e o de um bem de uso comum usufruído por todos.

> O art. 225 estabelece, por via de consequência, a existência de uma norma constitucional vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como reafirma que todos, e não tão somente as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado ou mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno, são titulares desse direito, não se reportando, por conseguinte, a uma pessoa individualmente concebida, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, no sentido de destacar uma posição para além da visão individual, demarcando critério nitidamente transindividual, em que não se pretende determinar, de forma rigorosa, seus titulares. (FIORILLO, 2013, p. 168).

Embora existam numerosos entendimentos a respeito da natureza jurídica do bem ambiental, a sua fundamentação é assentada no interesse público em ambos os casos aqui expostos.

Transportando a ideia de bem ambiental para a esfera do interesse público, nota-se que aquele é pertinente a toda sociedade, visto que não é interesse só de um indivíduo, ou de uma minoria, ou até mesmo interesse só da Administração Pública; o bem ambiental é abrangente e abstrato, devendo ser interpretado a luz de um Direito moderno.

O uso da figura do interesse público líquido, atualizado, com base na proporcionalidade – e não mais na supremacia absoluta do Estado – aliado a ideia de bem ambiental, como bem difuso, assegura a aplicação do direito de forma mais equânime, fomentando proibição ao retrocesso ambiental, principalmente no que diz respeito ao uso e gozo da propriedade.

Por fim, alguns apontamentos merecem ser feitos em relação ao bem ambiental, aliado a ideia de interesse público líquido, frente a intervenção do Estado na propriedade.

Embora o direito de propriedade seja o direito individual de usar, gozar e dispor da coisa, este encontra limites de cunho estatal quando coexistem direitos alheios de caráter público.

Nestes casos, quando ocorre a colisão entre interesses individuais e interesses públicos, o estudo da propriedade – sai do âmbito civil e passa a ser objeto de análise do direito público. (DI PIETRO, 2014).

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII garante o direito de propriedade e informa que esta atenderá a sua função social. Outrossim, o mesmo documento indica – em seu art. 170, III – a vinculação da propriedade na defesa do meio ambiente.

Percebe-se que o exercício da propriedade está subordinado a preservação do meio ambiente em benefício do interesse coletivo; tais direitos se mostram compatíveis entre si. Ainda sobre a função social da propriedade, a Constituição Federal deixa claro: esta só é cumprida se garantida a qualidade ambiental.

Variadas são as formas de intervenção do Estado na propriedade - desapropriação, ocupação temporária, tombamento, servidão administrativa, etc. Em todos os casos, as concepções de proteção ambiental devem ser respeitadas, visto que o interesse público está entranhado como fundamento basilar, não só em relação aos bens públicos, de uso comum do povo, mas também aos bens particulares, quando ocorre o tombamento, por exemplo - neste caso, a preservação de um o bem cultural passa a assumir uma finalidade pública.

Enfim, a aplicação do interesse público líquido se mostra cada vez mais viável na busca de um meio ambiente saudável. A partir desta perspectiva, decisões mais concretas podem ser tomadas pelo Poder Judiciário em relação a intervenção do Estado na propriedade, por exemplo; O Poder Legislativo pode se inspirar na consecução de leis que atendam os anseios sociais e o Poder Executivo pode se valer de uma interpretação que não busca a sua supremacia absoluta em relação a um conflito com um particular. A partir destas premissas, novas formas de proteção poderão ser postas no mundo jurídico visto que nesses casos o Poder Público tem a obrigação de intervir, visto sua posição de garantidor.

O interesse público, em sua forma líquida, pode ser ponto crucial – na pós modernidade – para explicar e resolver os problemas de intervenção do Estado propriedade de cunho ambiental, visto que dependem de uma interpretação mais detalhada, precisa e igualitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decerto que o Estado reflete a sociedade como ela se encontra. A liquidez, coma característica da sociedade moderna, refrata no Direito tendências que buscam dar efetivo exercício a dignidade humana.

O Direito contemporâneo contempla a proporcionalidade como ferramenta necessária para se coibir abusos de poder. Esta premissa, aliada hermenêutica constitucional, apresenta um novo panorama de como a Administração Pública deve tratar seus cidadãos.

Neste sentido, o interesse público contemporâneo reproduz a complexidade de interesses desta sociedade plural. Assim, é possível encontrar vários interesses públicos, passíveis de tutela jurídica, desde que compatíveis com a Constituição Federal.

A legalidade estatal, absoluta e concreta dá lugar a juridicidade como forma de se dinamizar o Direito Administrativo: este deve ser interpretado de forma a abarcar tanto direitos individuais quanto direitos coletivos, cujo contexto ambiental de modernidade líquida reflete sobre os bens públicos em forma de assunção de responsabilidades em seu tempo e lugar únicos visando a incolumidade do bem geral da coletividade, qual seja, o meio ambiente ecologicamente protegido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do. Brasília, DF, Senado, 1998.

____________________. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

____________________. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164 – SP. Relator o Min. Celso de Mello.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. 27. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo, Atlas, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** – 14ª ed. rev., atual. e ampl. e atual. Em face da Rio + 20 e do novo "Código" Florestal – São Paulo, 2013.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 37. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. Interesse Público Líquido e Pós-Modernidade: A lógica do individualismo e os desafios do Estado social no século XXI. In: MARRARA, Thiago. Direito **Administrativo: Transformações e Tendências**. 1ª ed. – São Paulo; Almedina, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros: São Paulo, 2013.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse Público no direito Administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016.

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO, SEGUNDO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ULTIMADA PELO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931-DF. APRESENTAÇÃO DA LISTA DE VERIFICAÇÃO (CHECKLIST) BALIZADORA DA EXISTÊNCIA DE UMA EFETIVA FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL.

Humberto Alves Coelho
Marcelo José das Neves

INTRODUÇÃO

Em sessão realizada no dia 30 de março de 2017, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 760.931-DF, em que a União impugnou acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho nos autos do AIRR 100700-72.2008.5.02.0373. Segundo a União, ao condená-la subsidiariamente, o TST teria violado a decisão da Corte Suprema na

ADC 16-DF, que declarou a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, admitindo a responsabilização subsidiária do ente público somente quando demonstrada culpa em relação à escolha e à fiscalização do contrato de prestação de serviços. Colhido o voto desempate do Ministro Alexandre de Moraes[35], o Supremo enfim definiu limites acerca do encargo probatório relativo à fiscalização, *verbis*:

> Terceirização: plenário define limites da responsabilidade da Administração Pública. O plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, nesta quinta-feira (30), o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, que discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada. Com o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos[36].

Este trabalho pretende dissecar de maneira mais objetiva e razoável possível, o *modus operandi* fiscalizatório, a servir como um contributo prático aos sujeitos do processo: trabalhador, empresa terceirizada (prestadora de serviço), Administração Púbica (tomadora de serviço) e órgão jurisdicional.

35. O acórdão será redigido pelo Ministro Luiz Fux.

36. Disponível em: <http:///www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>. Acesso em: 30 mar. 2017.

1. UMA BREVE RETOMADA HISTÓRICA. A DEFINIÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO PROBLEMA. HIPÓTESE E METODOLOGIA

Com o aprofundamento da terceirização no Brasil, o Poder Judiciário, instigado sobretudo pela inação do Poder Legislativo, se viu obrigado a engendrar uma lógica interpretativa acerca do tema. Nesse sentido, o TST editou no ano de 1986 a Súmula nº 256, limitando a possibilidade de terceirização apenas àquelas previstas legalmente, quais sejam, o trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03/01/74) e o serviço de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/83). Ante intensa pressão de segmentos empresariais outros, sobretudo financeiro, em 1994 a Corte Superior Trabalhista aprovou a Súmula nº 331, alargando o campo de incidência da legalização da terceirização. Considerando ainda a reiterada utilização deste instituto pela Administração Pública, que o transformou em engrenagem indispensável dos numerosos programas de ajustamento econômico, consubstanciado de forma emblemática no vetusto Decreto-lei nº 200/1967[37], o TST, interpretando o artigo 71 da Lei 8.666/93, estendeu no ano 2000, a responsabilidade subsidiária aos órgãos públicos, dando, assim, nova redação ao item IV da citada Súmula nº 331.

A partir de então, instaurou-se grande discussão. Forte corrente, fomentada de modo precípuo pela Administração Pública, defendia a tese de que o TST teria deixado de aplicar o referido dispositivo legal, declarando, ainda que indiretamente, sua inconstitucionalidade. Nessa linha de ideia, a

37. Conforme § 7º do artigo 10 do Decreto-lei nº 200/67, para melhor desincumbir-se das tarefas de gestão administrativa (planejamento, coordenação, supervisão e controle), e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração deveria desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que existisse, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

ADC 16-DF. Procedente a pretensão, o STF declarou *ex tunc* e *erga omnes* a constitucionalidade daquele artigo 71. Declaração, contudo, que não impediu a responsabilização subsidiária da Administração. Como se observa das discussões estabelecidas na Corte Suprema e relatadas como *obiter dictum* no acórdão final, entendeu-se que o TST não havia declarado qualquer inconstitucionalidade. Ao contrário, considerou aquele dispositivo válido à luz do ordenamento constitucional, mas, conjugando-o de forma sistemática com os demais artigos da mesma Lei 8.666/93, referentes às obrigações impostas ao ente administrativo, admitiu, casuisticamente, sua responsabilização subsidiária. No ano de 2011, o TST alterou mais uma vez a redação da Súmula nº 331, adequando-a à decisão proferida naquela ADC 16-DF, salientando expressamente que a responsabilização subsidiária da Administração Pública dependia da prova de sua culpa quanto à fiscalização do contrato de terceirização. Possível, portanto, a condenação subsidiária da Administração, e efetivamente condenada em uma miríade de processos trabalhistas, foram propostas sucessivas Reclamações Constitucionais e interpostos numerosos Recursos Extraordinários perante o STF, apontando afronta exatamente à ADC 16-DF. Reconhecida a repercussão geral, foi eleito como *leading case* o RE 760.931-DF.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/1993. EXTENSÃO E ALCANCE DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADC 16-DF

Até o advento da ADC 16-DF, o entendimento jurisprudencial assentado na Súmula nº 331 pelo TST, estendia à Administração Pública a responsabilização subsidiária automática, decorrente tão só do mero inadimplemento dos créditos

laborais por parte da empresa prestadora dos serviços contratados. Ainda que o objeto daquela ação tenha sido circunscrito pela própria natureza à declaração de constitucionalidade (ou, porque *actio duplex*, à de inconstitucionalidade), e mesmo que a decisão final, que por maioria[38] julgou procedente a pretensão, a tanto tenha restringido seu dispositivo, é sabido de toda a gente que as discussões plenárias da Corte Suprema ultrapassaram tais limites e abordaram a real extensão e alcance da interpretação dada pela Justiça Trabalhista ao § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, admitindo a manutenção daquele *standard* jurisprudencial, desde que demonstrada culpa inequívoca da Administração Pública. Já a ementa do acórdão não deixa qualquer dúvida, *verbis*:

> Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, neste sentido procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993.

O reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos inviabiliza tão só que o ente público seja subsidiariamente responsabilizado de forma objetiva (automática, noutros termos). Os argumentos dos votos proferidos nas sessões de julgamento

38. Vencido o Ministro Ayres Britto. O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido.

apontam nitidamente para a validade da interpretação dada pelo TST, porquanto sistematizada a outros dispositivos constitucionais e legais (principalmente da mesma Lei 8.666/93), concernentes aos deveres de fiscalização impostos à Administração. Dessa forma, atende melhor ao ordenamento jurídico, a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público, quando comprovada falha na supervisão do adimplemento das obrigações trabalhistas por parte da contratada.

3. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA CULPOSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O RE 760.931-DF E A REGRA DE DISTRIBUIÇÃO DO *ONUS PROBANDI*

Não se pode interpretar o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 de forma isolada, literal. De fato, numerosos outros dispositivos legais atribuem à Administração Pública uma série de obrigações que se conjugam proporcionalmente às suas prerrogativas, dentre as quais o dever de fiscalização dos contratos firmados com empresas terceirizadas de serviços (artigo 67). Nesse caso, e considerando que a decisão da ADC 16-DF deixou visível que a constitucionalidade do citado artigo 71 não impede a Justiça do Trabalho de impingir responsabilização subsidiária aos órgãos públicos, deve se entender que o RE 760.931-DF limita-se a discutir a distribuição do encargo probatório, a direcionar, ainda que *iuris tantum*, a presunção acerca dos fatos específicos de cada caso concreto. Em outro tom, que se restringe a definir se compete ao trabalhador demonstrar a culpa da Administração, ou se compete a esta o contrário, que tomou as medidas cabíveis e exigíveis legalmente.

Uma corrente de pensamento impõe ao trabalhador a obrigação de demonstrar a culpa *in vigilando* da Administração. Este posicionamento, que tem por esteio principal o

princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, encontra forte resistência tanto num contexto jurídico quanto fático. Isso porque a culpa que se pretende configurar decorre da ausência de fiscalização (não-fazer), de uma postura omissiva, portanto. Nesse caso, sequer se pode falar em presunção de legitimidade que, salvo obrigações de abstenção expressamente impostas pela lei (não é o caso), pressupõe ação, atuação positiva. De outro modo, tal linha de ideia imputa ao trabalhador prova de fato negativo (a não fiscalização), regra francamente vedada pela lógica jurídica, porque impossível no mundo dos fatos.

Conforme voto proferido pela relatora do RE 760.931, Ministra Rosa Weber, o ônus da prova recai sobre o ente público contratante, sob pena de retorno ao obscurantismo do medievo, com a institucionalização do "escravo moderno". Não foi essa, no entanto, a posição prevalecente no julgamento do RE 760.931. Contudo, ainda assim deve a Administração Pública ser impelida a juntar aos autos do processo todos os documentos relativos à fiscalização do contrato de prestação de serviços, a dinamizar o princípio da aptidão para a prova, consoante clássica distinção conceitual entre meios de prova e prova propriamente dita. Dessa forma, porque os meios de prova (a documentação) atinentes à fiscalização estão sob única e exclusiva posse do órgão administrativo, é justo que seja ele obrigado a trazê-los à discussão. Daí em diante, e considerando o encargo probatório do trabalhador, a ele compete extrair a prova necessária a fundamentar sua pretensão de condenação subsidiária da Administração (a instrução processual, evidentemente, não se limita à prova documental).

Não há dúvida, portanto, acerca da obrigação da Administração Pública em fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços que pactua com empresas terceirizadas,

ainda que desfavorável ao trabalhador a respectiva distribuição do encargo probatório.

4. UM CADERNO DE AÇÕES. FERRAMENTA PARA AS PARTES E PARA O ÓRGÃO JURISDICIONAL NA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL

O artigo 67 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) fixa o poder-dever da Administração Pública, direta e indireta, de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, aí incluídos, por óbvio, os contratos de terceirização.

A fiscalização dos contratos, como se vê, não está ligada diretamente à fase interna da licitação (ao processo de formulação da contratação, que guarda correspondência, por exemplo, com a produção do documento de referência da futura contratação), tampouco com a fase externa (processo de escolha do licitante), mas sim à fase de execução contratual.

De modo geral, o dever primaz da fiscalização contratual é o de realizar o recebimento da prestação de serviços, isto é, a sua aceitação, o que é realizado mês após mês, de forma a assegurar o cumprimento da fase de liquidação da despesa, condição indispensável ao respectivo pagamento..

Com efeito, há quase dez anos, ao menos na esfera federal, tem-se a regulamentação da forma como deve ser conduzida a fiscalização contratual de modo a torná-la de todo efetiva, como se vê do capítulo referente ao "Acompanhamento e Fiscalização dos Contratos[39]" presente na Instrução Normativa nº 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação,

39. Na forma do artigo 31 da IN nº 02/2008, "**o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato** consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo **ser exercido pelo gestor do contrato**, que poderá ser auxiliado pelo fiscal técnico e fiscal administrativo do contrato.

órgão vinculado ao Ministério do Planejamento. Dita regulamentação, como preleciona o Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim, apresenta-se como padrão fiscalizatório federal que "vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos, por força do princípio da predominância do interesse, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais. Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 2/2008 do MPOG tenham incidência estrita na órbita da Administração Pública federal, suas diretrizes acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa (Constituição, art. 37)[40]".

Desde 2009 a IN nº 2/2008 do MPOG passou a prever, em seu inciso XVIII do artigo 19, que os editais de licitação devem contar com a previsão de que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes à mão de obra utilizada na terceirização.

A partir de 2014, com o advento do Acórdão nº 1.214/2013 do Plenário do Tribunal de Contas da União, a fiscalização atinente ao controle do pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias dos trabalhadores pela empresa contratada foi ainda melhor discriminada, uma vez que a IN nº 02/2008 acolheu as respectivas recomendações exaradas nesse julga-

40. AMORIM, Helder Santos VIANA, DELGADO, Gabriela Neves e Márcio Túlio, DELGADO - "Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 – novos enfoques", LTr 75-03, p. 292-293.

do, inclusive, como medida prévia à aceitação dos serviços, a aplicação do método de amostragem de modo a otimizar os esforços de fiscalização no exame do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Também a partir do Acórdão nº 1.214/2013, a IN nº 02/2008 passou a dispor no §3º do artigo 31 que:

> a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado.

Ainda, conforme §5º do artigo 34 da IN nº 02/2008, na fiscalização, no que concerne especificamente ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias nas terceirizações passou-se a exigir as seguintes comprovações:

a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar: 1) a relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso; 2) Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; 3) exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços;

b) entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, dentre outros, quando não for possí-

vel a verificação da regularidade dos mesmos no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF: 1) prova de regularidade relativa à Seguridade Social - CND; 2) Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; 3) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT;

c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos, no prazo máximo de 15 (quinze dias): 1) extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante; 2) cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante; 3) cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários; 4) comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado;

d) entrega da documentação abaixo relacionada, quando da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo de até 10 (dez) dias: 1) termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria; 2) guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais; 3) extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; 4) exames médicos demissionais dos empregados dispensados. Ressaltar que a fiscalização deve analisar essa documentação no prazo de 30 (trinta) dias após o respectivo recebimento, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, justificadamente.

O Anexo IV da IN nº 02/2008 (guia de fiscalização dos contratos de terceirização) ainda dispõe sobre o exercício da fiscalização especial, preconizando: 1) É necessário observar a data-base da categoria prevista na CCT. Os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia e percentual previstos, devendo ser verificada pela fiscalização a necessidade de se proceder a repactuação do contrato; 2) A Administração precisa se certificar de que a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados; 3) A Administração precisa se certificar de que a empresa respeita a estabilidade provisória de seus empregados (integrantes da CIPA, gestante, estabilidade acidentária etc).

Como previsto no artigo 34-A da IN nº 02/2008, o descumprimento das obrigações trabalhistas poderá dar ensejo à rescisão contratual (previsão legal contida, de maneira abrangente, no artigo 77 da Lei nº 8.666/1993) sem prejuízo das demais sanções.

De acordo com o artigo 35 da mesma instrução normativa, quando da rescisão contratual a fiscalização deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. Até que a contratada comprove o pagamento das verbas rescisórias, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços, podendo utilizá-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual.

Outra importante disposição contida no Acórdão nº 1.214/2013, repercutida pelo art. 19-A da IN 02/2008, foi a previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 1/3 constitucional, 13º (décimo terceiro) salário e verbas resci-

sórias aos trabalhadores, que, em valores percentuais, são deduzidos do pagamento do valor mensal devido às terceirizadas, e depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII dessa Instrução Normativa.

A fim de sintetizar o que até aqui exposto, apresentamos uma listagem de verificação (*checklist)* abaixo, que pode servir como fonte para a obtenção da verdade processual sobre a ocorrência ou não de efetiva fiscalização contratual para efeito de responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Este *checklist* considera como elementos indispensáveis a uma correta instrução processual um pequeno subgrupo de itens do que até aqui se ventilou:

CHECKLIST PARA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL

NÚMERO DO PROCESSO:
CONTRATADA:

ITEM A SER VERIFICADO	CUMPRIDO?			Folhas
	SIM	NÃO	NA*	
O empregado (reclamante) exerceu, de fato, a atividade laborativa na unidade da Administração Pública?				
A fiscalização conferiu, ainda que por amostragem, diariamente, os empregados terceirizados que estão prestando serviços e em quais funções, e se estão cumprindo a jornada de trabalho?				

Durante a execução do contrato, foi constatado, pela fiscalização, descumprimento das obrigações contratuais prevista na legislação trabalhista (atraso de salários, não realização de depósitos fundiários etc)? Obs: Essa informação pode ser obtida por meio da análise dos Relatórios Mensais de Fiscalização, prévios ao pagamento mensal da despesa, assim como pelo exame dos registros do Livro de Ocorrência da contratação.				
Houve aplicação, por parte da Administração, de sanções, glosas ou multas contratuais, em desfavor da contratada, por descumprimento de obrigações contratuais prevista na legislação trabalhista?				
Existem valores retidos pela Administração a título de faturas não pagas ou garantia oferecida pela empresa contratada?				
A fiscalização exigiu a entrega dos exames médicos admissionais dos empregados envolvidos na terceirização?				
A Administração providenciou a abertura da conta-depósito vinculada?				

A fiscalização exigiu, ainda que por amostragem, a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos, devidamente assinada pela contratada, bem como conferiu a data de início do contrato de trabalho, a função exercida, a remuneração (corretamente discriminada em salário-base, adicionais e gratificações), além das demais eventuais alterações dos contratos de trabalho?				
A fiscalização exigiu a entrega, mês a mês, da Certidão Negativa de Débito (CND) junto ao INSS, da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) e da Certidão de Regularidade do FGTS da empresa contratada? Ou, alternativamente, certificou-se quanto à regularidade do INSS, FGTS e quanto aos Débitos Trabalhistas, por exemplo, via Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF?				
A fiscalização exigiu da empresa, ainda que por amostragem, o extrato da conta do INSS e do FGTS dos empregados?				
A fiscalização solicitou aos empregados terceirizados, ainda que por amostragem, os extratos da conta do INSS e do FGTS?				

A fiscalização exigiu, ainda que por amostragem, a cópia da folha de pagamento analítica de algum (ns) mês (es) da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão o entidade contratante?				
A fiscalização exigiu a cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços?				
A fiscalização exigiu da contratada a comprovação da entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado?				

Quando da extinção do contrato de trabalho de algum empregado ou rescisão do contrato de terceirização, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo de até 10 (dez) dias, a fiscalização exigiu a documentação abaixo, bem como a analisou no prazo de 30 (trinta) dias após o recebimento desses documentos, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, justificadamente? Documentação: 1) termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria; 2) guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais; 3) extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; 4) exames médicos demissionais dos empregados dispensados.				
Quando da rescisão do contrato de terceirização, a fiscalização verificou se houve a comprovação do pagamento das verbas rescisórias (saldo de salário, 13º salário proporcional, férias indenizadas, 13º salário indenizado, aviso-prévio indenizado, multa do FGTS, horas-extras e demais benefícios previstos em Acordo ou Convenção Coletiva)?				

Em face da ausência de comprovação do pagamento das verbas rescisórias por parte da contratada, a Administração reteve a garantia financeira (art. 56 da Lei 8.666/93) prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços?				
Quando da rescisão da terceirização, a fiscalização, não sendo o caso de rescisão do contrato de trabalho dos empregados da contratada, se certificou de que esses empregados foram realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorresse a interrupção do contrato de trabalho?				
A fiscalização esteve atenta para a data-base da categoria contratada, prevista na CCT, bem como observou se os reajustes dos empregados foram concedidos pela empresa no dia e percentual previstos?				
A fiscalização se certificou de que a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados?				
A fiscalização se certificou de que a empresa respeita a estabilidade provisória de seus empregados (integrantes da CIPA, gestante, estabilidade acidentária etc)?				

*NA - NÃO APLICÁVEL

CONCLUSÃO

Ainda que desfavorável ao reclamante o encargo probatório específico, consoante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal RE 760.931-DF, para a realização de uma efetiva fiscalização contratual e afastamento de uma eventual responsabilização subsidiária por encargos trabalhistas e previdenciários gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada, não basta à Administração Pública tão somente reunir um sem número de documentos relativos aos empregados da empresa. A Administração deve exercer o seu direito-dever de prevenção (por exemplo, exigir a efetuação da garantia financeira e providenciar a abertura da conta-depósito vinculada) e ser seletiva, com a efetuação oportuna da verificação efetiva da prestação de serviços, que envolve a análise de conformidade quanto à observância dos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados, presentes no próprio contrato de prestação de serviços e no ordenamento pátrio. Dita análise se calca, inclusive, em critérios temporais (fiscalização diária, esporádica, mensal ou em momentos cruciais da relação contratual, como, *v.g.*, na rescisão do contrato de prestação de serviços) e pelo método da amostragem, como alvitrado pela própria IN nº 02/2008. O gestor do contrato deve ainda fazer, de plano, o registro de eventuais falhas (a exemplo do não pagamento de uma determinada verba trabalhista ou contribuições sociais da Previdência Social) no livro de ocorrência, bem como sugerir a aplicação da respectiva sanção administrativa.

Pois bem, o controle interno relativo ao exercício de uma efetiva fiscalização contratual, apta a mitigar o risco de responsabilização subsidiária, pode ser assegurado pelo *checklist* anteriormente apresentado.

REFERÊNCIAS

___. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 26 de março de 2017.

___. Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm >. Acesso em: 26 de março de 2017.

___. Decreto nº 5.540, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm >. Acesso em: 26 de março de 2017.

___. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm >. Acesso em: 26 de março de 2017.

___. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm >. Acesso em: 26 de março de 2017.

___. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretária de Logística e Tecnologia da Informação. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: < www.comprasgovernamentais.

gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1 >. Acesso em: 26 de março de 2017.

____. Instrução Normativa nº 18, de 22 de dezembro de 1997. Ministério do Orçamento e Gestão Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio. Revogada. Disciplina a contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG. Disponível em: < www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18_97.htm >. Acesso em: 26 de março de 2017.

____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm >. Acesso em: 26 de março de 2017.

____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm >. Acesso em: 26 de março de 2017.

____. Parecer nº 212.676/2016-AsJConst/SAJ/PGR nos autos do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931-DF, assinado pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, p. 02. Brasília, 12 de setembro de 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/Marcelo/AppData/Local/Temp/texto_310289500.pdf >. Acesso em: 26 de março de 2017.

____. Parecer nº 249643- ASJCIV/SAJ/PGR, nos autos do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931-DF, assinado pelo Procurador-Geral da República em exercício, José Bonifácio Borges de Andrada, p. 03. Brasília, 17 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>. Acesso em: 26 de março de 2017.

____. Riscos e controles nas aquisições – RCA. TCU. Disponível em: <portal.tcu.gov.br/comunidades/controle-externo-das-aquisicoes-logisticas/atuacao/riscos-e-controles-nas-aquisicoes/> Acesso em: 26 de março de 2017. – 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007.

AMORIM, Helder Santos VIANA, DELGADO, Gabriela Neves e Márcio Túlio, DELGADO - "Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 – novos enfoques", LTr 75-03, p. 282-295.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho/Maurício Godinho Delgado. – 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Vade-Mécum de Licitações e Contratos, 3º ed., Belo Horizonte, 2006, Editora Fórum.

Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU /Tribunal de Contas da União. – 4ª edição revista, atualizada e ampliada – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

OS ESPELHOS DA LEI Nº 12.527 DE 2011 ATUALMENTE

Igor Labre de Oliveira Barros

INTRODUÇÃO

Nas definições do termo transparência possuem-se expressões bem alvitres, como informações completas, informações objetivas, informações confiáveis, informação de qualidade, acesso fácil à informação, compreensão da informação, canais totalmente abertos de comunicação, algo através do qual se permite ver. Todas se mostram com potencial em auxiliar a caracterização da definição de transparência.

O termo transparência pode ter diversos significados em domínios diferentes e até no mesmo domínio. No setor público, segundo a OCDE – Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OECD, 1961), "transparência é um fator vital para o fortalecimento das relações entre o governo e o cidadão".

Tal fator pode ser viabilizado através de informação completa, objetiva, confiável, relevante e de fácil acesso e compreensão. Para (LORD, 2006) diz: "A transparência é uma condição na qual as informações sobre as prioridades, capacidades e comportamentos de poderosas organizações estão amplamente disponíveis para o público mundial".

Induzindo em descrição o conceito de transparência na física, um material apresenta transparência a partir do momento em que a luz o atravessa como exemplifica o físico (ALONSO, 1999) que "um hotel da Suécia incorporou paredes com transparência para que os hóspedes se sintam como numa caixa de vidro, o mais importante de um aquário é a sua transparência: desta forma, os peixes podem apreciar com claridade".

Na obra *"O mundo dos quanta"* de ulterior físico (POLKINGHORNE, 1984), exemplifica que, "a noção de transparência também é utilizada em sentido figurado para fazer alusão à característica de uma pessoa ou organização que não oculta nada". Uma pessoa que é vista como transparente mostra-se tal como é e não tem segredos, em sentido similar, uma organização transparente é aquela que torna pública a sua informação.

A transparência também se motiva de um principio de valores. A definição do dicionário (AURÉLIO, 2012) valores é "o conjunto de características de uma determinada pessoa ou organização, que determinam a forma como a pessoa ou organização se comportam e interagem com outros indivíduos e com o meio ambiente".

A palavra valor representa merecimento, talento, reputação, coragem e valentia. Os valores humanos são valores morais que afetam a conduta dos agentes. Esses valores morais podem também ser considerados valores sociais e éticos, e constituem um conjunto de regras estabelecidas para uma convivência saudável dentro de uma sociedade.

Contemporaneamente a maior crise que o ser humano facultamente enfrenta (e que é visível no Brasil atualmente) é uma crise de valores, essa crise afeta a humanidade, que passa a viver de forma mais egoísta, cruel e violenta. Assim, é necessário enfatizar a importância de bons exemplos na sociedade, a transmissão de importantes valores humanos consiste na base de um futuro mais pacífico e sustentável.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho foi o levantamento bibliográfico e documental. Realizou-se um estudo das referências bibliográficas, servindo para o fornecimento de informações teóricas, em doutrinas, pesquisa na internet de cartilhas, artigos científicos publicados em revistas jurídicas e no site da Controladoria da União. Ainda, foi realizada uma análise das normas que versam sobre a publicidade e divulgação das informações na administração pública, sobretudo o disposto na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

1. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU

A partir de 2001, apresentou-se um graúdo salto para que a transparência e com combate a atos ilícitos de gestão pública fossem prevenidos, os princípios de democracia e do funcionamento do sistema de freios e contrapesos começaram a alavancar como princípios norteadores desta ocasião.

Desde que surgiram a magnitude de escândalos envolvendo os agentes do poder público, o governo se atentou para amenizar a situação, e uma adequada idealização foi a implantação da Controladoria Geral da União[41], que em 2016 modificou-se em Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, com a finalidade de fiscalizar e busca estimular os poderes do Estado a serem transparentes, assim buscando o resgate de confiança da sociedade.

Apreciando-se os conjuntos internos deste órgão da União, o sistema de fiscalização, busca a manutenção da transparência, através das intensas e criteriosas avaliações dos aplicadores do sistema de verificação, contando, além disso, com as verifi-

41. Para maiores informações acesse o sítio da CGU <www.cgu.gov.br>

cações de um revisor, tudo para que o controle seja praticado do melhor modo plausível. A Controladoria possui do mesmo modo em plataformas, diversas cartilhas que orientam os gestores a manipular a transparência em suas administrações.

A CGU foi criada durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, por meio da Medida Provisória n° 2.143-31, 2 de abril de 2001, com a denominação inicial de Corregedoria-Geral da União (CGU-PR). Teve, originalmente, como propósito declarado o de combater, no âmbito do Poder Executivo Federal, a fraude e a corrupção e promover a defesa o patrimônio público.

Aproximadamente um ano depois, o Decreto n° 4.177, de 28 de março de 2002, integrou a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI) à estrutura da então Corregedoria-Geral da União. O mesmo Decreto n° 4.177, de 2002, transferiu para a Corregedoria-Geral da União as competências de ouvidoria--geral, até então vinculadas ao Ministério da Justiça.

O procedimento realizado pela Controladoria-Geral da União é efetivado por seu titular, sempre que consta omissão da autoridade competente, instaura sindicância, procedimentos e processos administrativos, e avoca aqueles já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública Federal, para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.

A Controladoria-Geral da União encaminha à Advocacia-Geral da União os casos que configurem improbidade administrativa e todos quantos recomendem a indisponibilidade de bens, o ressarcimento ao erário e outras providências a cargo daquele órgão, bem como provoca, sempre que necessário a atuação do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal, dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e, quando tem indícios de responsabilidade penal, do

Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público, inclusive quanto a representações ou denúncias que se afigurarem manifestamente caluniosas.

2. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CENÁRIO MUNDIAL

No cenário mundial algumas instituições que zelam pela transparência, e comboiado da rejeição a corrupção. Dentre essas instituições destaca-se a “Transparency International”, que aponta promover a transparência, prestação de contas e integridade em todos os níveis e em todos os setores da sociedade. Os valores fundamentais que esta instituição preza são a transparência, responsabilidade, integridade, solidariedade, coragem, justiça e democracia.

A transparência, a honestidade e a meritocracia são princípios fundamentais para uma sociedade democrática. Com a utilização destes princípios, a administração pública se torna eficiente, e passa a obter um sistema mais adequado para gerir servidores públicos a serem altamente qualificados. Como agente do poder público o compromisso dos servidores é garantir uma administração altamente transparente, em que os processos de decisão são influenciados por argumentos, e não por dinheiro.

No panorama mundial, existe a preocupação em combater a corrupção enfatizando como um dos princípios centrais a transparência. O fortalecimento das instituições públicas leva a sociedade a ser gradualmente consciente e confiante de que, permanecendo a transparência reside a rejeição a corrupção.

3.PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A LEI N° 12.527

O princípio da transparência é um instrumento que contribuiu para poder público cumprir seu papel democrático com a sociedade. Contudo, para que a transparência tenha uma efeti-

vação plena, nesta relação entre poder e sociedade, é necessário a implementação dos instrumentos previstos em lei para promover a acessibilidade do cidadão das informações públicas.

Segundo (MÁXIMO, 2012) "A necessidade de construir um método de combate à manipulação da publicidade dos atos estatais nos Estados democráticos pauta a emergente reconstrução da consciência cidadã, juntamente com a necessidade de reaproximação da esfera pública e privada". Ao encontrar um caminho que integre o governante e governado, efetiva a transparência pública.

A participação popular nos atos públicos carece, ainda, de liberdade democrática, não prevendo, a publicidade de informações falsas e inexatas, principal fonte do isolamento político, estrutura esta que beneficia a decomposição do ideal governo incorruptível.

O acesso as informações de atos da administração pública, encontra-se detalhado no princípio constitucional da publicidade, citado no artigo 37 da CF/88, a transparência do Poder Público[42] é a base para a execução da publicidade. Sem o cumprimento da transparência das informações, os princípios constitucionais que regem a administração pública legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, se tornam fragilizados.

A sociedade passa por constante transformação, principalmente tecnológicas, é necessário que a administração pública observe o seu público alvo para que a transparência das informações seja eficaz. Pois, cumpre aos responsáveis pela gestão pública divulgar suas ações e serviços, mas também devem estar preparados para receber demandas específicas.

Alguns aparelhos que garantem o ingresso as informações dos atos do poder público, estão assegurados na Lei nº

42. Para acompanhar o Controle realizado pela Procuradoria Geral da República acesse o sítio <http://www.pgr.mpf.mp.br/>

12.527, de 18 de novembro de 2011, sendo que tal estipula procedimentos, normas e prazos, prevê a criação, em aglomerados de órgãos e institutos do poder público.

Para se chegar em um nível de transparência adequado é necessário algumas etapas, como a acessibilidade. A transparência é realizada através da capacidade de acesso.

> Esta capacidade é identificada através da aferição de práticas que implementam características de portabilidade, operabilidade, disponibilidade, divulgação e desempenho. A transparência é realizada através das facilidades de uso. Esta capacidade é identificada através da aferição de práticas que implementam características de uniformidade, intuitividade, simplicidade, amigabilidade e compreensibilidade. (CAPPELI, 2009, p. 54).

4. ACESSO A INFORMAÇÃO ATUALMENTE

No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à informação pública está previsto no capítulo I da Constituição Federal de 1988, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, particularmente no inciso XXXIII do artigo 5°, estabelecendo que "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei", o mesmo dispositivo apresenta à possibilidade de ressalvas as informações nos casos que o sigilo seja necessário à proteção da coletividade e do Estado.

Adiante, o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 em seu *caput*, estabelece alguns princípios que norteiam a administração pública e alguns autores o consideram como principal fundamento dos dispositivos da lei da transparência.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Portanto, não obter-se-á eficácia plena do princípio da transparência se as informações não estiverem em conformidade com os tipos de instrumentos que a sociedade utiliza para se informar. Um exemplo prático é a utilização do Diário Oficial da União, Estado ou Municípios como instrumento de divulgação dos atos administrativos.

Atualmente, quase todos os órgãos públicos possuem um portal, de domínio público, muitas vezes com estrutura precária e informações desatualizadas. Em 18 de novembro de 2011, foi publicada a Lei n° 12.527, que representou uma mudança de paradigma em assunto de transparência pública, pois estabelece que o acesso é a regra e o sigilo, a restrição.

A referida norma dispõe que qualquer cidadão poderá solicitar o ingresso às documentos públicos, ou seja, àquelas não consideradas como confidenciais, conforme metodologia que notará os princípios, prazos, aparelhos de domínio e recursos presumidos, e ainda tem como objetivo regular o acesso a informações e aperfeiçoando o dispositivo do artigo 37 da Constituição Federal.

Segundo o material elaborado pela Controladoria Geral da União, a Lei n° 12.527 ativa o direito antevisto na Constituição de que aglomerados têm o direito de auferir dos órgãos públicos além de dados da sua atividade particular, além disso aquelas de importância da coletividade.

Em síntese, a Administração cumprirá seu papel quando divulgar suas ações e serviços, mas também deve estar

preparada para receber demandas específicas, consoante a exigência disposta no artigo seu 8° da Lei n° 12.527/2011:

> Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. (Presidência da República, Casa Civil, Lei 12.527/2011)

Portanto, é obrigação dos órgãos públicos divulgar informações em locais de fácil acesso a população e caberá ao cidadão exigir essa transparência das informações públicas. A lei determina que os órgãos não podem omitir-se de oferecer publicidade do registro de suas competências, de repasses, despesas e sobre licitações.

A referida norma dispõe sobre os instrumentos que podem ser utilizados para tornar viável a exposição das informações nos portais de transparência. Salvo em caso de sigilo ou Municípios com população até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados de divulgação obrigatória, mas mantida a divulgação em tempo real conforme exige a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n º 101 de 4 de maio de 2000).

Os sítios dos órgãos públicos devem ser ferramentas de pesquisa de fácil acesso para a localização de informações, a linguagem deve ser de fácil compreensão, os relatórios de domínio público devem possibilitar a gravação em diferentes formatos.

Como também, as informações devem ser sustentadas nas garantias de integridade e autenticidade dos documentos públicos, juntamente com as informações, os órgãos públicos carecem permitir e indicar aos interessados, a comunicação por via eletrônica ou telefônica do órgão do sítio.

Como cumprimento dos direitos fundamentais a igualdade, a expressa lei, expõe ressalvas para que os órgãos públicos também adotem medidas necessárias para garantir o acesso a informação por pessoas com deficiência em diversos aspectos. Foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal-STF, o questionamento quanto a necessária observância dos direitos individuais, a não divulgação das remunerações dos servidores públicos, por questões de segurança e pessoalidade quanto à vida financeira de cada servidor.

No voto condutor da decisão, o Ministro Lewandowski, expôs que "a coisa pública deve ser transparente também nas suas remunerações", conforme deixa claro em seu voto, o relator expôs que no concurso público fica explícito ao público a remuneração de cada cargo, na qual também os portais de transparência dos órgãos públicos devem expor sua folha salarial. Com esses argumentos, o recurso foi negado, baseado no princípio da publicidade que têm como alicerce a transparência, e o interesse público que é o fundamento da Administração Pública.

> Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulga-

> ção em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo 'nessa qualidade' § 6º do art. 37.(RE 766390 AGR\DF, Voto MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 12, 24.06.2014)

Nesse sentido, a Administração cumpre seu papel quando divulga suas ações e serviços, mas também deve estar preparada para receber litígios peculiares. Como por exemplo, responder a uma solicitação de acesso à informação pública. Para dar efetividade a transparência e responder o pedido são necessários os cumprimentos dos requisitos formais previstos na lei, como processar o pedido e garantir ao requerente a entrega do dado solicitado, conforme determina o artigo 10, *in verbis*:

> Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.
>
> § 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.
>
> § 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.

Ainda, foram estabelecidos prazos para que sejam repassadas as informações ao solicitante. A réplica deve ser dada prontamente, se conjuntura disponível, ou em até vinte dias,

adiáveis por mais dez dias, a rogação não carece ser explicada, somente conter a assimilação do solicitante e a particularização dos dados requeridos, o serviço de procura e fornecimento dos documentos é gratuito, salvo cópias de informações, protocolização de apontamentos e solicitação de ingresso à ciência, deve-se também orientar sobre os processos de acesso, advertindo data, localidade, maneira em que será feita a consulta e informação a respeito da tramitação de dados.

A Lei n° 12.527/2011 apresenta novas regras referentes à classificação da informação. Como início geral, a lei constitui que uma informação pública exclusivamente pode ser qualificada como secreta quando ponderada indispensável à segurança da coletividade. Assim, ao instituir este padrão regulatório, o Brasil dá um formidável caminhar em seu andamento rumo a eficiência da transparência pública.

CONCLUSÃO

A transparência está vinculada ao controle, a sociedade tem que se interessar em buscar essas informações, para que o poder público se motive em ser. Em uma República a transparência, prestação de contas e a responsabilidade do agente público andam juntos para uma democracia plena. Se há poderes públicos em cargos ou empregos públicos, ou agentes a privados que se contornam cooperadores e companheiros do Estado, de todo acaso são aparelhos atribuídos a quem encarregado no cargo para o cumprimento do interesse da coletividade, e se há recursos públicos então é sucinto explanar de que maneira são aproveitados.

Se qualquer comportamento na esfera da função pública concebe, em última apreciação, um atuar em nome da coletividade, então se necessita articular o que se fez, de qual caráter e para qual fim. A transparência e o prestamento de contas têm por objeto a titularidade da força, e o povo é o seu

reinante titular, então se deve contrapor pela ocasional transgressão da veracidade que foi depositada e não satisfeita.

Como um órgão fiscalizador deste controle de acesso as informações, destacamos à Controladoria Geral da União--CGU, como órgão atuante para a fiscalização e incentivo do pleno exercício da democracia atrelada à transparência. A própria Lei n° 12.527/2011, deixa exposto o incentivo para a realização de audiências públicas e consultas, para que as pessoas sejam informadas com uma ação direta dos próprios entes públicos, como também o incentivo por parte do poder público para a participação popular nessas atuações que norteiam execução da Lei de Acesso a Informação.

As considerações teóricas emitidas no trabalho e os dados apresentados com relação a valores de transparência permitem concluir sobre a necessidade de uma sociedade com um grau de busca por transparência contínua, e também é necessário para o exercício da democracia e dignidade ética do poder público.

O custo da transparência pode ser alto a sociedade, mas sua realização é um atrativo e torna a nação próspera, os resultados podem facilmente conduzir a uma democracia e uma sociedade em que, a transparência e rejeição da corrupção não são raridades, mas cultura na sociedade.

A população junto com o poder público deve procurar cumprir a promessa constitucional de ver uma sociedade fraterna e justa, em que seus projetos têm como plano de fundo a transparência e o bem comum, assim contribui-se para reduzir o número de litígios e expandir a idéia de confiança e segurança na administração pública.

REFERÊNCIAS

________. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 766390, Rel. MIN. RICARDOLEWANDOWSKI.** Disponívelem: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurispruden-

cia/25232728/agregnorecursoextraordinariore-766390-df--stf/inteiro-teor-133960215 > . Acesso em: 6 de março 2016.

_________. **Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm > . Acesso em: 16 de março 2016.

_________. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm > . Acesso em: 16 de março 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponívelem: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > . Acesso em: 16de março 2016.

CAPPELI, Claudia. **Tese Doutorado Claudia Cappeli.** USP. 08-2009. Acesso em: 20 de abril de 2017.

JORDÃO, Rogério. **Acesso à Informação Pública: Controladoria-Geral da União Uma introdução à Lei nº 12.527/2011.** Controladoria-Geral da União. Brasília 2011. Disponívelem:http://www.acessoainformacao.gov.br/centralconteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf. Acesso em: 16 de junho 2016.

MÁXIMO, Marcela de Fátima Menezes; AOKI, Raquel Lima de Abreu; AOKI, William Ken. **Do direito de acesso à informação pública em poder do Estado: a visão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP,* Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 115144,jul./set. 2012.

POLKINGHORNE, J. C. **O mundo dos quanta.** Trad. Raul Sousa Machado. Lisboa, Europa-América, 1984.

O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA

Igor Moreira Matos

INTRODUÇÃO

As últimas décadas foram marcadas por mudanças na organização dos meios de produção, acompanhadas do fenômeno da globalização, e, por reformulações nas relações de trabalho. Como reflexo, novas formas de contratação foram adotadas, dentre as quais a Terceirização passou a representar a principal delas...

Na esfera pública brasileira, essa corrente de reorganização do sistema tomou impulso em meados da década de 80 com o processo de reconstitucionalização que mobilizava todo o país, e se acentuou ao longo dos anos 90, influenciada pela elaboração do chamado "Plano Diretor de Reforma do Estado para a Administração Pública", o PDRAE, que rompeu com os moldes da administração anterior aderindo como princípios básicos a economicidade e a eficiência para resultados em substituição a burocratização e hierarquização das instituições, dando forma a uma nova concepção de Estado, inspirada nas bases de um modelo gerencialista descentralizador.

Em meio a esse contexto, a Terceirização ganhou força na Administração Pública brasileira como uma alternativa promissora na tentativa de adaptação das necessidades do Estado às novas demandas da sociedade.

Desde então, a Administração Pública lida com a Terceirização de maneira indiscriminada, pelo fato de não haver no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que rege especificamente sobre este instrumento, e que determine os seus limites e obrigações das partes contratuais.

Essas interpretações têm ficado a cargo do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Supremo Tribunal Federal (STF), e, respectivamente, vinculadas através de súmulas e ações diretas de constitucionalidade. Estando a "Responsabilidade Solidária/Subsidiária/Tomador de Serviços/Terceirização" entre os assuntos mais recorrentes da Justiça do Trabalho, segundo as Tabelas Processuais Unificadas[43]. Processos esses frenquentemente recorridos a suas instâncias maiores com representações que divergem das decisões e entendimentos desses mesmos órgãos, e, que devido a essa eventual indefinição, acabam ficando temporariamente suspensos, pendentes de análise de mérito pelo STF, sob efeito de repercussão geral[44] reconhecida (os chamados processos sobrestados). Dispositivo vinculado pela Emenda Constitucional nº 45/04[45], rotulada de "Reforma do Judiciário", que obriga o STF a analisar os recursos extraordinários que comportam temas considerados relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e que ultrapassem os interesses subjetivos de causa. Mas, o que talvez não se note é que o volume cres-

---

43. Instituídas pela Resolução nº 46/07 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as Tabelas Processuais Unificadas da Justiça do Trabalho possuem 4 níveis hierárquicos de assuntos;

44. Lei nº 5.869/71, art. 543-A, §3º: "Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. ";

45. Acrescenta o §3º ao art. 102 da CF/88, que trata do recurso extraordinário ao STF, elegendo como requisito específico de admissibilidade do RE a "repercussão geral", regulamentado a partir da edição da Lei nº 11.418/06;

cente de terceirizações ainda não regulamentadas, à mercê de jurisprudência, abre cada vez mais espaço para negociações fraudulentas, tanto no setor público quanto no privado. Afinal, ambos interagem entre si nesse caso.

Segundo o "Relatório e Parecer Prévio Sobre as Contas do Governo da República"[46], do Tribunal de Contas da União (TCU), no exercício de 2015, as "Outras Despesas de Pessoal"[47], decorrentes da Terceirização, somaram R$432 milhões, equivalentes a um aumento de 13,37% em relação ao ano anterior e cerca de 17x maior desde que entrou em vigor a Lei Complementar nº 101/00, ou Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). O que representa em média um aumento de aproximadamente 25% ao ano até agora.

No entanto, os números variaram bastante de lá pra cá: curiosamente, de 2001 para 2002, por exemplo, os gastos com terceirizados praticamente quadruplicaram, de acordo com os dados do Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), gerido pela Secretaria do Tesouro Nacional. E, lamentavelmente, no último ano, o Brasil passou a ocupar o 76º lugar, até então a sua pior posição - ficando 5 pontos a menos que em 2014 - e a sua pior nota no ranking sobre a percepção de corrupção[48] divulgado pela organização não-governamental Transparência Internacional, que analisou ao todo 168 países e territórios.

Há também estudos que buscam verificar as ilicitudes da Terceirização na Administração Pública, mas não é o propósito e nem há motivos para persistir nesse esforço, uma vez que circunstancialmente baseiam-se apenas em normas gerais, desprovidas de caracterização própria, conforme tem-se apontado. Portanto, do ponto de vista metodológico, através

---

46. Fonte: http://portal.tcu.gov.br;

47. Lei complementar nº 101/00, art. 18, §1º: "Os valores dos contratos de Terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal. ".

48. Fonte: http://www.transparency.org;

de uma análise explicativa de método dedutivo, a partir da problemática atual, o objetivo principal deste trabalho consiste na desmistificação das retóricas da Terceirização no âmbito da Administração Pública Federal direta, num esforço de combinar os vieses econômico-político e jurídico, naturalmente identificando as lacunas e os entraves existentes. Como pesquisa bibliográfica, foram utilizadas fontes diretas do Direito Público Nacional, e secundárias diversas (livros, periódicos e artigos científicos disponibilizados via Internet).

Havendo traçado, durante esta seção inicial, um panorama geral do fenômeno da Terceirização na Administração Pública brasileira, no capítulo a seguir serão apresentados os seus referenciais teóricos, cujo ponto de partida será a "Teoria dos Custos de Transação", conceito imprescindível para compreender a natureza dessa prática.

Já o segundo capítulo condensa um paralelo entre o Estado Neoliberal e o Direito do Trabalho ao relacionar as eminentes reformas gerenciais às eventuais flexibilizações das normas trabalhistas pertinentes ao tema central, sob o enfoque do "Neoliberalismo e as Relações Laborais" que a partir daí se sobressaem.

No terceiro e último capítulo, a discussão avançará para as questões institucionais legais do Direito Administrativo ligadas a este mesmo processo. Debruçando-se sob a "Celeuma do Regime Jurídico Único" dos Servidores Públicos Civis da União.

Ao final, como de praxe, estarão dispostas as conclusões tecidas na visão do autor.

1. TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

O primeiro na história da Economia a introduzir o conceito de custos de transação e a abordar a sua correlação com a Terceirização na época foi o economista britânico Ronald Harry Coase (Londres, 29 de dezembro de 1910 — 2 de setembro de 2013), premiado com um Nobel no ano de 1991

pela sua Teoria da Firma, mais conhecida como Teorema de Coase, desenvolvida a partir de um artigo de sua autoria intitulado de "The Nature of the Firm" (COASE, 1937).

Nele, Coase procura explicar que o postulado do mecanismo de preços (ao que se concentrara os estudos dos economistas associados à corrente neoclássica) como coordenador de toda e qualquer atividade econômica, por si só, não dispensa a necessidade das organizações como firmas, ou essas não estariam a coexistir. Isso justamente por reconhecer que há variáveis de custos que vão além dos de produção, preceitos que anteriormente não eram considerados, ou sequer mencionados pelos cientistas do ramo. Não havia distinção entre produzir e realizar transações dentro ou fora da firma. Essa racionalidade prexistente deve-se não somente a leitura de preços do mercado por um "empreendedor coordenador", conforme denomina o autor, mas à economia dos custos de transação (como passou a ser chamada mais tarde) ligada ao "behaviorismo"[49] na teoria das organizações, capaz de identificar a melhor oportunidade para a alocação dos recursos disponíveis, de forma a obter vantagem competitiva para o seu produto. Tratando-se de algo ainda mais complexo.

Três pressupostos básicos para entender essa teoria são os de que a racionalidade é limitada, as informações assimétricas, e o mercado imperfeito.

Coase aponta para o fato de que os custos de produção não são os únicos determinantes para a decisão de "make or buy", o que na prática condiz com produzir ou terceirizar respectivamente. E que o que delimita a expansão da firma é, na verdade, a capacidade que resulta da escolha entre os custos de se fazer ou não transações derivadas do mercado, conseguinte a proporção em que são realizadas por essa mesma

---

49. Refere-se a técnicas comportamentais organizacionais na tomada de decisões e resolução de problemas pelo administrador;

via. Chegando a então razão de existência das firmas enquanto organizações, quando constata que essas emergem como alternativas aos custos de transação, ou seja, com o objetivo de minimizar os dispêndios de se negociar e gerir contratos ao obterem produtos e serviços diretamente do mercado, através da internalização desses processos numa estrutura hierárquica visando a maximização dos lucros.

Quando Coase faz essa associação entre os custos de transação e o "make or buy", e ao mesmo tempo a distinção entre um e outro, refere-se aos 'custos transacionais' então, como sendo o fator ponderador e determinante para as decisões das organizações em realizarem ou não transações com outros agentes econômicos - o que de forma geral significa recorrer ao mercado - e o que vem a representar o custo de executar um contrato, ao invés de expandir a firma. São esses os custos inerentes a Terceirização. O que significa dizer que os custos de transação justapõem a Terceirização.

Indo na mesma linha de perguntas retóricas que Coase faz ao longo do artigo para que o próprio possa responder: Mas afinal, se "make" pode sempre poupar custos de transação, por quê é que então as empresas muitas das vezes terceirizam?

Na visão de Coase, os ganhos de expansão através da verticalização se tornam inversamente proporcionais à medida em que essa traz custos adicionais de organização. Visto que nem sempre o mercado irá ofertar os insumos e os demais fatores de produção necessários, como mão de obra especializada por exemplo, com a mesma abundância e regularidade. Havendo um momento em que a verticalização começa a afetar a eficiência da firma de tal maneira que recorrer ao mercado passe a ser mais vantajoso[50]. E Coase é bastante incisivo ao basicamente

---

50. "Alguns autores, especialmente de Administração de Empresas, usam o termo horizontalização da atividade econômica, em que as empresas transferem para outras parte das funções que exerciam diretamente. A horizontalização ou desverticalização sugere que a estrutura da organização empresarial seja vertical, e o intuito é desverticalizá-la. " (MARTINS, 2001, p. 20);

afirmar que não é possível uma única grande firma realizar toda a produção, quando faz uma indagação chave para nortear a sua teoria: “Why is not all production carried on by one big firm?”[51]. É preciso, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio entre a eficiência e a forma em que os custos estão distribuídos.

Em suma, o que busca-se demonstrar é que as empresas terceirizam quando os custos de transação se tornam iguais ou menores aos custos de empreender e se organizar propriamente.

2. O NEOLIBERALISMO E AS RELAÇÕES LABORAIS

As Reformas Gerenciais as quais o Brasil se submeteu ao longo da década de 90, em especial a Reforma da Gestão Pública de 1995, tiveram como fortes precedentes a onda neoliberal que pairava sob o Mundo e a crise político-econômica que assolava o país, trazendo consigo marcas típicas do neoliberalismo...

A propósito de contextualização e para melhor compreender as motivações que também levaram o Brasil a adotar práticas desse mesmo cunho, o ideário neoliberal surge com as contribuições dos economistas Friedrich Hayek e Milton Friedman, mais marcadamente na Europa e na América do Norte, após a II Guerra Mundial em resposta às políticas de welfare state que se despertaram nesses continentes. O discurso neoliberal ganha força na década de 70 com a crise do petróleo de 1973, crise essa que abalou não só a economia mundial, mas também o sistema político capitalista interestatal. Que teve que se reinventar em meio a necessidade de promover a recuperação não apenas dos índices de crescimento da economia, mas também do fortalecimento dos Estados como instituições, o modelo a que se propuseram adotava como umas de suas principais medidas de retomada, no que tange a Administração Pública, a austeridade fiscal e a desestatização.

51. COASE, Ronald Henry. op. cit., loc. cit.;

Novos formatos de contracting out foram acionados por meio das reformas de ordem neoliberal ao antigo aparelho do Estado, veículos de racionalização dos recursos públicos, com vistas à celeridade e à economicidade, e que vão de encontro à política de downsizing. O que na prática significa transferir para a iniciativa privada as atividades que não fazem parte das chamadas funções típicas do Estado, retirando de primeiro plano os inúmeros esforços anteriormente assumidos por políticas públicas no provimento do bem-estar social por demandarem de intervenção estatal, na intenção de atribuir maior rigor ao equilíbrio das contas públicas. A formatação de um "Estado-mínimo", como era denotado esse conjunto de medidas abarcadas pelo Estado neoliberal, foi introduzida à Reforma iniciada em 1995 juntamente ao PDRAE.

Apesar dos importantes traços a que se refere, cumpre ressaltar que o neoliberalismo não desembarcou no Brasil na sua forma mais intensa e mais abrangente, devido a Constituição Federal de 1988 ter inserido em seu texto principal, o dos Direitos Fundamentais, diversos dispositivos de proteção na ampliação e garantia dos direitos sociais, e uma subjacente intervenção estatal nesse sentido.

Acontece que a crescente quantidade de trabalhadores terceirizados presentes em todos os níveis da Administração Pública, e o consequentemente aumento do número de empresas terceirizadas, fenômeno que corrobora as ideais de Coase anteriormente apresentadas, geraram um conflito não somente com a apropriação inadequada das funções e dos serviços públicos a cargo da administração central, uma vez que não aderem ao mesmo regime de contratação, diga-se en passant, e por isso não gozam dos mesmos direitos trabalhistas, mas principalmente com as relações de trabalho que dali se originam. Criou-se uma relação tripolar, ou trilateral, entre a parte contratante, a contratada e ao mesmo tempo

empregadora, e o empregado. Porém, do ponto de vista das garantias trabalhistas, a última delas se via, outrora, prejudicada. Dado que as obrigações entre as partes, nesse caso envolvendo a Administração Pública, não são regidas nem pelo seu próprio regime estatutário nem pelo regime celetista, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)[52], mas pela Lei nº 8.666/93 de licitações e contratos administrativos. Que embasada no seu art. 71 e do §1º, redação dada pela Lei nº 9.032/95, já exauria a Administração Pública de qualquer obrigação e responsabilidade trabalhista em decorrência do não cumprimento dessas por parte da contratada.

Nesse limiar, o TST, através da Súmula 331, entendeu que:

> [...] III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;
>
> IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, [...]. (Alterado pela Resolução nº 96, de 2000.)

In totum, esse enunciado se tornou um dos principais elementos normativos acerca da Terceirização na Administração Pública.

Entretanto, a partir do disposto na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 do Supremo Tribunal Federal, que trata da responsabilidade contratual subsidiária por parte dos

52. Decreto-Lei 5.452/43, acompanhado das alterações neste introduzidas;

eminentes contratos da Administração Pública, em que pese a validade constitucional do art. 71, §1°, da Lei nº 8.666/93, o TST alterou o inciso IV e acrescentou os incisos V e VI na Súmula 331, conforme a seguir:

> IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V. Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
>
> VI. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Alteração dada através da Resolução nº 174, de 2011.)

Após o referido mérito julgado, não houve, portanto, a dissolução por completo da responsabilidade subsidiária da Administração Pública perante os danos causados aos trabalhadores pelo não cumprimento do pagamento das devidas obrigações trabalhistas, ensejando culpa in vigilando para os casos em que vierem a ocorrer como resultado de uma conduta omissa da administração na fiscalização dos seus contratos, sendo ressalvado o direito do órgão público de acionar

a empresa prestadora de serviços para se ressarcir dos prejuízos por ele suportados.

Diante do tênue arcabouço legal a que ainda se forma, não há como dissocia-lo de uma das críticas mais comuns que se fazem a Terceirização: a precarização das relações de trabalho dela decorrentes. Que nada mais é do que a redução ou até mesmo a perda de direitos e garantias por parte dos trabalhadores como consequência da flexibilização das normas trabalhistas.

> "Apesar disso, tem razão o professor Pedro Vidal Neto (1992:30), quando afirma que "a flexibilização não consiste em suprimir direitos já adquiridos, mas em interpretar e aplicar as normas jurídicas conforme suas finalidades e atentando para as peculiaridades de cada caso concreto"."[53]

Consiste basicamente em adotar mecanismos contrários de ajuste na relação capital-trabalho, desnivelando e ao mesmo tempo buscando parear minimamente as expectativas entre as empresas e os trabalhadores às suas necessidades e conveniências frente ao dinamismo natural do mercado, mormente em situações de excepcionalidade, como as de crise econômica.

A própria CF/88 prevê, em algumas de suas normas que tangenciam o Direito do Trabalho, mais precisamente no art. 7º (VI, XIII e XIV), a possibilidade, mediante acordo ou convenção coletiva, de se adotar outros critérios – in melius ou in peius - que não os estipulados por essas regras, o que de todo também não deixa de ensejar flexibilização. Mesmo na CLT, já se verificam uma série de procedimentos que implicam igualmente em flexibilização, servindo de maior exemplo recente o "tele trabalho" (art. 6° e seu parágrafo único).

---

53. VIDAL NETO apud MARTINS, Sérgio Pinto. ob. cit., p. 40.

Por fim, vale destacar que as Parcerias Público-Privadas[54], ou "PPP's", e, as permissões/concessões[55], bem como as privatizações em seu sentido restrito[56], de que trata o Programa Nacional de Desestatização (PND)[57], estão inseridas em processos de contratações distintos e específicos de cada modalidade, amparados legalmente, e por isso não devem ser confundidas com os contratos administrativos que têm como objeto a prestação de serviços por empresa terceirizada.

3. A CELEUMA DO REGIME JURÍDICO ÚNICO

"A grande dificuldade com que se depara o jurista está precisamente no fato de que a globalização está levando os governantes, principalmente na esfera federal, a buscar modelos no direito estrangeiro, sem levar em conta a diversidade de regimes jurídicos, especialmente no âmbito constitucional. "[58]...

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4, enfim corrobora este sentimento ao suspender a eficácia da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 ao art. 39 da CF/88, reestabelecendo, com efeito ex nunc, o seu status quo ante, outorgando, assim, a instituição de um Regime Jurídico Único para os servidores da Administração Pública direta.

---

54. Lei nº 11.079/04: "Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. ";

55. Lei nº 8.987/95: "Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. ";

56. DI PIETRO (ob. cit., p. 163) aborda a privatização sob dois aspectos, fazendo distinção entre os seus sentidos amplo e restrito, em que o primeiro assume as diversas formas de interação entre o Estado e a iniciativa privada, enquanto o segundo se refere apenas a "venda de ações de empresa estatal para o setor privado. ";

57. Lei nº 9.491/97: "Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. ".

58. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 38;

A acepção de um regime jurídico[59] único visa, primordialmente, assegurar as regras e os (supra)princípios norteadores à Administração Pública, tais quais os expressos constitucionalmente: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; em consolidação aos preceitos estabelecidos na Norma, disciplinando o exercício e a investidura em funções públicas de acordo com as peculiaridades e atribuições de cada cargo ou emprego público.

SUPRAPRINCÍPIOS DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	**Supremacia do interesse público sobre o privado**	Deve-se privilegiar o interesse do grupo social, e não o interesse dos particulares.
	Indisponibilidade do interesse e do patrimônio público	A Administração não pode abrir mão da busca da satisfação do interesse público e da conservação do patrimônio público.
PRINCÍPIOS EXPRESSOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL	**Legalidade**	A administração somente pode fazer o que lhe é autorizado por lei.
	Impessoalidade	A administração deve buscar finalidades públicas, sendo sua ação imputada ao Estado, sem diferenciar desarrazoadamente os particulares atingidos pela atuação administrativa.
	Moralidade	Devem ser obedecidos os princípios éticos extraídos da disciplina interna da administração.
	Publicidade	A administração deve dar conhecimento de seus atos por intermédio da publicação ou da comunicação direta aos interessados.
	Eficiência	A administração deve exercer suas atividades atingindo os objetivos previstos da maneira mais ágil e econômica possível.

Quadro sinótico – Princípios da Administração Pública60

Consoante o mandamento insculpido no inciso II do art. 37 da Carta Magna, não seria possível ingressar e exercer um cargo ou emprego público sem ter se submetido à aprovação prévia via concurso, com exceção aos cargos de livre provimento, ou de livre nomeação. Requisito esse fundado na isonomia a que preza o Regime Jurídico Único aos servidores da Administração Pública direta, fazendo menção também às autarquias e fundações, vide a Lei nº 8.112/90[61].

59. Segundo Ricardo Alexandre e João de Deus (2015), um sistema ou regime jurídico é formado pelo conjunto de regras e princípios organizados sob uma lógica de coerência e unidade.

60. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João. ob. cit., p. 209.

61. Caput da Lei nº 8.112/90: "Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. ";

Contudo, verifica-se um grande paradoxo no direito brasileiro, alega Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999):

> Procuram-se os meios privados de atuação da Administração Pública, porque se entende que o regime jurídico a ela imposto pelo direito positivo impede seu funcionamento adequado. Como se fala em modernização e eficiência da Administração Pública, tem-se que deduzir que a mesma é vista hoje como antiquada, ultrapassada e ineficiente, na consecução dos fins tutelados pelo Estado.[62]

A celeuma concentra-se justamente nesse comportamento da Administração Pública que, sob o pretexto da ineficiência, recorre aos meios privados de atuação, adotando uma postura desviante das normas do Direito Público incorporadas e instituídas pelo seu regime jurídico supostamente único, e, portanto, ferindo o princípio da legalidade inerente ao Estado de Direito.

Essa fuga diz respeito às restrições impostas pelo regime administrativo, ao qual o particular, diferentemente, não se submete. Especialmente nas limitações que importam à Terceirização, como os critérios de seleção e dispensa, fixação de vencimentos, celebração de contratos, mecanismos de controle, dentre outros.

A grande diferença está entre o modus operandi da Administração Pública e o da Administração Privada, nas diretrizes que guiam a atuação de cada uma delas:

Enquanto para a segunda é lícito fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíbe, para a primeira é permitido fazer apenas o que a lei previamente lhe autoriza. Ou seja, ao contrário da agente privado, que possui liberdade de escolha em seus atos, desde que não seja algo expressamente vedado por lei, o agente público se limita a agir somente de acordo com o que já estiver

62. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 227.

positivado em direito. Ficando as ações administrativas, obrigatoriamente, restringidas ao que a lei instituir e ensejar.

Ademais, reside nos basilares do Estado Democrático de Direito, a incumbência de, na atuação da função administrativa, agir sempre observando o interesse público, de modo a não permitir que os interesses privados se sobreponham, e gerindo a coisa pública da forma que melhor atenda as vontades da coletividade. Traduzidas nos supraprincípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público respectivamente, essas normas implícitas na Constituição, formam os alicerces do regime jurídico administrativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde muito antes de se tornar prática comum na Administração Pública e até mesmo no Brasil, a Terceirização já era abordada pelo pensamento econômico na forma de desverticalização das firmas quando o ônus de se organizarem internamente superasse os custos de transação. Entretanto, a legislação também acabou sendo verdadeiramente atropelada pela realidade...

Às relações de trabalho que derivam da prestação de serviços por terceiros falta urgente intervenção legislativa, no sentido de definir as responsabilidades do tomador e do prestador dos serviços e, assim, garantir maior segurança jurídica a este processo.

Pois, ao mesmo tempo em que consta a União no topo das litigantes representando o maior volume de processos trabalhistas no TST, e que majoritariamente envolvem contratação de mão de obra especializada por empresa interposta somados às ocorrências de subordinação indevida, permanece a Administração Pública sem reconhecer os riscos de fraudes decorrentes dos abusos na flexibilização dos direitos trabalhistas e administrativos.[63]

63. Levantamento feito com base nos relatórios de Movimentação Processual e nas Tabelas Processuais Unificadas extraídas do site do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Não o bastante, as despesas da Administração Pública Federal direta com os terceirizados vêm crescendo muito acima da inflação e em vários órgãos já ultrapassam em presença os servidores concursados. Sem contar os elevados custos que a alta carga de processos judiciais deste objeto da geram para o Estado, há nitidamente um retrocesso na questão da eficiência tão apregoada, tornando-a ainda mais morosa.

Com isso, a ideia de que Terceirização é sinônimo de eficiência acaba não se sustentando nesse ambiente.

A Terceirização vem sendo adotada pelas organizações quase que exclusivamente como método de se reduzir os custos com mão de obra e driblar os ditames constitucionais, abrangendo inclusive atividades-fim ilicitamente, e, deixando à revelia questões como a efetividade e os direitos trabalhistas. Efeito direto da inexistência de um regramento específico.

Essa deficiência legal é também, de tal maneira, prejudicial a manutenção do Estado Democrático de Direito. Uma vez que põe em cheque um dos seus princípios fundantes: o a supremacia do interesse público; ou seja, o de que o interesse da coletividade deve prevalecer sob quaisquer circunstâncias.

A atecnia, por parte do poder legislativo, somada ao prevalecimento de diversos regimes jurídicos simultâneos na ordem da Administração Pública Federal direta, acarretam maior debilidade e menor eficácia na ação administrativa, pois acabam não sendo aplicados da maneira correta, tampouco contemplando os anseios da sociedade no que diz respeito a a crença nas instituições.

O legislador deve então, antes mesmo que possa legislar sobre a matéria, considerar, em primeiro lugar, a teoria de custos de transação para compreender a razão pela qual as organizações optam por terceirizar, em sequência, analisar os riscos envolvendo a precarização e a flexibilização laborais, e, a celeuma que impõe ao Regime Jurídico Único.

O presente trabalho se encerra com um trecho extraído da reportagem publicada pelo jornal O Estado de S. Paulo no dia 16 de dezembro de 2014, caderno de Economia, que recebeu o título "Terceirização no setor público"[64], na qual o professor da USP José Pastore, também presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da FECOMERCIO-SP e membro da Academia Paulista de Letras, vai de encontro justamente ao que aqui pretende-se esclarecer quando afirma: "A Terceirização é uma necessidade que precisa ser disciplinada, e não combatida. ".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João. Direito Administrativo esquematizado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, decretada em 1º de maio de 1943.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

64. Fonte: http://economia.estadao.com.br.

BRASIL. Emenda Constitutional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 46, de 18 de setembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, de 24 de novembro de 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

COASE, Ronald Henry. The nature of the firm. Economica, v. 4, 1937, p. 386-405.

______. The nature of the firm: meaning. In: WILLIAMSON, O. E.; WINTER, S. G. (Eds.). The nature of the firm: origins, evolution and development. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 48-60.

______. The institutional structure of production. 1991 Alfred Nobel Memorial Prize Lecture in Economic Science, 1991. Reproduzido in: WILLIAMSON, O. E.; WINTER, S. G. (Eds.). The nature of the firm: origins, evolution, and development. New York: Oxford University Press, 1993, p. 227-235.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, Terceirização, parceria público-privada e outras formas. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

REZENDE, Flávio da Cunha. Organizações e respostas institucionais. A política de Reformas do Estado: Um estudo de caso da administração direta do Executivo Federal Brasileiro. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, n. 14, 2000.

ZYMLER, Benjamin. Contratação indireta de mão-de-obra versus Terceirização. Brasília: Revista do TCU, n. 75, 1998, p. 37-56.

AS CONFERÊNCIAS DAS PARTES DA CONVENÇÃO DO CLIMA: UM PANORAMA DAS NEGOCIAÇÕES

Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral

INTRODUÇÃO

A Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC ou CQNUMC) teve seu texto adotado na sede nas nações Unidas, em Nova York, no dia 09 de maio de 1992.

Este tratado adota uma nova "engenharia normativa" do Direito Internacional, que é o das Convenções Quadro, possibilitando a sua regulamentação posterior por meio de outros instrumentos jurídicos sucessivos (FRANGETO e GAZANI, 2002, p.24).

A Convenção Quadro das Nações Unidas Sobre Mudanças Climáticas –CQNUMC, tem por objetivo estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático, buscando ainda um desenvolvimento econômico sustentável.

Pela Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima (artigo 7) foi instituída a Conferência das Partes (COP), considerada o órgão supremo da Convenção. É composto pelos países signatários, e realiza anualmente uma reunião com as Partes visando o cumprimento das decisões e de quaisquer outros instrumentos jurídicos decorrentes (CASARA, p.77).

Além de promover e revisar a implementação da Convenção do Clima, a Conferência das Partes busca também "divulgar achados científicos novos e verificar a efetividade dos programas climáticos nacionais" (LIMIRO, 2012, p.36).

Logo, objetivamos através da pesquisa apresentar um panorama das vinte e duas Conferências das Partes, trazendo as principais conquistas e os desafios enfrentados durante as negociações para solucionar a crise climática.

1. PANORAMA DAS CONFERÊNCIAS DAS PARTES (COP)

A COP-1 da Convenção do Clima, foi realizada na Alemanha em 1995, tendo por objetivo "rever a implementação da CQNUMC; examinar compromissos das Partes; rever a comunicação Nacional das Partes; rever os relatórios do Comitê Executivo; e organizar a distribuição regional e sub-regional das entidades operacionais designadas". (DAMASCENO, 2007, p.50).

Em relação a COP-2, ocorrida em 1996, na Suíça, ocorreu a assinatura da Declaração de Genebra, para Damasceno (2007, p.51) a COP-2 marca o início de uma nova etapa acerca das discussões sobre o fortalecimento dos compromissos dos países desenvolvidos, onde "foi formado o grupo Ad Hoc sobre o Mandato de Berlim, para negociar e acompanhar a implementação de todos os acordos negociados pelos países desenvolvidos", no sentido de possibilitar ações apropriadas para o período pós-2000, inclusive com o fortalecimento das obrigações das Partes constantes do Anexo - I da Convenção.

A COP-3 foi realizada no Japão em 1997, onde foi criado o Protocolo de Kyoto, de acordo com o documento:

> As Partes incluídas no Anexo I devem empenhar-se em implementar políticas e medidas a que se refere

> este Artigo de forma a minimizar efeitos adversos, incluindo os efeitos adversos da mudança do clima, os efeitos sobre o comércio internacional e os impactos sociais, ambientais e econômicos sobre outras Partes, especialmente as Partes países em desenvolvimento e em particular as identificadas no Artigo 4, parágrafos 8 e 9, da Convenção, levando em conta o Artigo 3 da Convenção. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo pode realizar ações adicionais, conforme o caso, para promover a implementação das disposições deste parágrafo.

Para que fosse cumprido as metas estabelecidas aos países do Anexo I, foram estabelecidos mecanismos de flexibilização como: o Comércio de Emissões, a Implementação Conjunta e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, ampliando as possibilidades de cumprimento das metas de redução de GEE e criando um mercado de compra e venda de créditos de carbono.

A COP-4 realizada em Buenos Aires (Argentina), em novembro de 1998, se deu com a perspectiva da entrada em vigor do Protocolo de Kyoto. Todavia, foi elaborado um pacote de metas, que ficou conhecido como Plano de Ação de Bueno Aires, com a intenção de decidir algumas questões importantes como: mecanismos de financiamento, desenvolvimento e transferências de tecnologias, atividades implementadas conjuntamente em fase piloto e do programa de trabalho dos mecanismos do Protocolo de Kyoto (ONU, 1998).

Na COP-5 realizada na cidade de Bonn, Alemanha, em 1999, foram decidias questões relativas à implementação do Plano de Ação de Bueno Aires. Além disso discutiu-se aspectos relativos às questões de Uso da Terra, Mudança do Uso da Terra e Florestas – LULUCF (em inglês, *Land Use, Land Use*

Change and Forestry), capacitação dos países Não-Anexo-1 (países em desenvolvimento) e atividades a serem implementadas conjuntamente em fase piloto (ONU, 1999).

A COP-6 ocorreu em novembro de 2000, na cidade de Haia, Holanda. Contudo, em razão de muitos conflitos e divergências, não pôde ser concluída; culminando com a sua suspensão (ONU, 2000).

Devido este fato, Jan Pronk que presidia a COP-6 divulgou uma nota de própria autoria informando de pontos importantes que continuavam sem um aparato legal nos documentos transmitidos à Conferência pelos órgãos subsidiários. Dentre estes pontos estava "o Plano de Ação de Buenos Aires e às questões de financiamento aos países em desenvolvimento, além de alguns aspectos relativos ao Comércio de Emissões e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo" (PROCLIMA, 2001).

Apesar do ocorrido, ficou acertado que a COP-6 seria retomada em 2001 com o intuito de solucionar as questões pendentes. Como o caso do MDL em que discutia - se questões quanto: a sua suplementaridade, adaptação, construção de capacidade, transferência de tecnologia e adicionalidade.

Entretanto, a COP-6/Part2 ou COP-6,5 foi reconvocada para ser realizada em Bonn, Alemanha, em julho de 2001 (ONU, 2001). Por meio do qual "superou as expectativas e ficou conhecida por ter sido a Conferência que "salvou" o Protocolo de Kyoto" (LIMIRO, 2012, p.38).

Ainda de acordo com o relatório final (FCCC/CP/2001/5) da 2º Parte da COP – 6 (COP- 6,5) o mesmo revela que:

> [...] a adoção de um acordo político como contida na decisão 5 / CP.6 não está meramente relacionado com o processo de mudança climática e a operacionalização da Convenção e do Protocolo de Quioto. Mas

> significa a centralidade do conceito de cooperação internacional para os objetivos comuns mais elevados da comunidade global. Esse acordo foi o resultado do diálogo, compreensão mútua e sentido de conciliação e compromisso (tradução nossa) (ONU, 2001).

A COP-7 foi realizada em novembro de 2001, em Marrakesh, Marrocos, foram definidas regras operacionais, com o objetivo de colocar em prática o Protocolo de Kyoto e o Acordo Bonn (estabelecido durante a COP-6,5) (ONU, 2001). Tais regras foram regulamentadas por meio do Acordo de Marrakesh, na qual, passou a estabelecer e definir regras operacionais que tangem as questões de Uso da Terra, Mudança do Uso da Terra e Florestas – LULUCF (em inglês, *Land Use, Land Use Change and Forestry - LULUCF*), mecanismos de flexibilização (MDL, Comércio de Emissões e Implementação Conjunta), inventários nacionais de emissões, informações adicionais à Convenção do Clima derivadas do Protocolo de Kyoto e do processo de revisão das comunicações dos Países Partes (LIMIRO, 2012, p.38).

A COP-8 foi realizada em Nova Deli, Índia, em novembro de 2002. Nela havia uma expectativa para que fosse definido as modalidades e os procedimentos a serem utilizados para incluir as atividades de florestamento e reflorestamento, no âmbito do MDL. Contudo, a expectativa se estendeu para a COP-9. Na COP-8 foram definidos apenas algumas pendências acerca do Acordo de Marrakesh. Mas o que se destacou foi a participação do setor privado e das Organizações Não Governamentais, que trouxeram novas propostas para projetos no âmbito do MDL (ONU, 2002).

A COP-9 ocorreu na cidade de Milão, na Itália, em dezembro de 2003. Na qual, foi enfática a discussão sobre as regras e os procedimentos para projetos florestais. Contudo, para Limiro (2012, p.38) "o grande avanço realizado foi o fecha-

mento das regras que definem o modo como os projetos de florestamento e reflorestamento deverão ser conduzidos", com a intenção de ser reconhecido junto a Convenção do Clima, e assim gerar créditos de carbono (ONU, 2003).

A COP-10, realizada em dezembro de 2004 na cidade de Buenos Aires, foram aprovadas as regras para a implementação do Protocolo de Kyoto, além disso, houve a adesão definitiva da Rússia ao tratado. Segundo Limiro (2014, p.42) a Rússia decidiu ratificar o protocolo por questões econômicas, "haja vista ter descoberto que o pacto poderia servir de moeda de troca junto à União Europeia, a maior defensora do acordo, para seu ingresso na Organização Mundial do Comércio". Portanto, cerca de noventa dias da ratificação da Rússia em 16 de fevereiro de 2005 o Protocolo de Kyoto entrou em vigor (ONU, 2004).

A COP-11 foi realizada, em Montreal, no Canadá, em dezembro de 2005, onde é marcada por ter atraído um interesse empresarial sem precedentes resultante de dois processos de negociação: o regime pan-europeu de comércio de emissões e do MDL (ONU, 2005).

A COP-12 ocorreu em novembro de 2006, na cidade de Nairóbi, no Quênia, onde, discutiu-se a prorrogação dos compromissos assumidos pelos países para um segundo período, porém não houve um consenso imediato deixando essa questão para as próximas Conferências das Partes. Na COP-12 foi discutido ainda a proposta de uma revisão do texto do Protocolo de Kyoto, visando estabelecer compromissos de redução de emissão de gases causadores de efeito estufa para os países do Não-Anexo I (países em desenvolvimento) (ONU, 2006).

A COP-13 realizada em 2007 na cidade de Bali, Indonésia, é marcada pela aprovação do Plano de Ação de Bali que visa lançar um "processo abrangente que permita a implementação plena, efetiva e sustentada da Convenção, por meio de

medidas de cooperação de longo prazo, com início imediato, até 2012 e posteriormente", para se alcançar um consenso, ou melhor dizendo, uma decisão, até 15ª Sessão da Convenção do Clima (ONU, 2007).

O Plano de Ação de Bali traça um "mapa do caminho" (*BAP – Bali Road Map*) a ser seguido para se alcançar os objetivos pretendidos da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e do Protocolo de Kyoto. Na COP13, portanto, não houve a fixação de metas, apenas se estabeleceu um cenário para negociações.

Foi através do Plano de Bali, que se reconheceu, entre outros tópicos, a necessidade de adoção de políticas e incentivos positivos para a prática de redução de emissões provenientes do desmatamento e degradação florestal nos países em desenvolvimento, podendo inclusive ser utilizado instrumentos de mercado (FERENCZY, 2012, p. 108).

Para Karousakis (2009, p.10) o Plano de Ação de Bali possibilitou o incentivo financeiro aos países em desenvolvimento para ações de mitigação climática baseadas em projetos de Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação florestal (ou, em inglês, *Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation*).

A COP-14 foi realizada em dezembro de 2008, em Poznam, Polônia onde ocorreu uma série de resultados importantes, que contribuíram de certa forma para o progresso da Convenção, como explicitado a seguir:

> Lançou o Fundo de Adaptação para o Protocolo de Kyoto. O Fundo seria preenchido com uma taxa de 2% sobre os projetos no âmbito do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. As Partes concordaram que a Junta do Fundo de Adaptação deveria ter ca-

> pacidade jurídica para conceder acesso direto aos países em desenvolvimento. As Partes endossaram um calendário de negociações intensificado para 2009. Identificou divergências de pontos de vista sobre questões-chave relacionadas com o aumento do nível de financiamento disponível para a adaptação e melhorias ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, que exigiu resolução no ano seguinte (Tradução Nossa) (ONU, 2008).

Ainda de acordo com os debates ocorridos na COP4, foi decidido que o REDD "deveria evoluir para REDD+ para englobar também iniciativas que possam aumentar o potencial de absorção de carbono das florestas nativas – *FROM RED TO REDD+*". Logo, a inserção do + à sigla REDD, objetivou aumentar o seu escopo, passando a incluir também atividades de conservação florestal, manejo florestal sustentável e aumento dos estoques de carbono; menos as atividades de reflorestamento e florestamento (FERENCZY, 2012, p.108).

A COP-15 ocorreu em dezembro de 2009, na cidade de Copenhague, Dinamarca, na qual elevou a política da mudança climática ao mais alto nível político. Nela estavam presentes 115 líderes mundiais, tornando-o um dos maiores encontros de líderes mundiais fora da sede da ONU, em Nova York (ONU, 2009).

O Acordo de Copenhague resultante da COP-15, propôs: cortes profundos nas emissões globais de GEE com objetivo de manter o aumento da temperatura da Terra abaixo de 2°C; adoção de medidas de cooperação internacional levando em conta o desenvolvimento social e econômico com a erradicação da pobreza; estratégias de baixa emissão (desenvolvimento sustentável); a implementação da Convenção (possibilitando e apoiando a implementação de ações de adaptação voltadas para a redução da vulnerabilidade e construção de

resiliência nos países em desenvolvimento, especialmente nos países particularmente vulneráveis, especialmente nos países de menor desenvolvimento relativo, pequenos Estados insulares em desenvolvimento e África); que os países desenvolvidos deverão prover recursos financeiros, tecnologia e capacitação que sejam adequados, previsíveis e sustentáveis, para apoiar a implementação de ações de adaptação nos países em desenvolvimento; redução de emissões por desmatamento e degradação florestal e a necessidade de aumentar as remoções de emissões de GEE por florestas; inclusão do REDD, entre outros (ONU, 2009).

A COP-16 ocorreu em dezembro de 2010, em Cancun, México. Na qual, se "produziu a base para a resposta internacional mais abrangente e de maior alcance às mudanças climáticas que o mundo já havia visto para reduzir as emissões de carbono e construir um sistema que responsabilizasse todos os países para com as reduções" (ONU, 2010).

Da COP-16 resultou o Acordo de Cancun, onde de acordo com as Nações Unidas, as Partes se comprometeram a um aumento m**áximo de temperatura de 2ºC** acima dos níveis pré-industriais, impulsionar a inovação, o desenvolvimento e a difusão de novas tecnologias mais sustentáveis; criar um Fundo Verde para o Clima para financiar projetos, programas, políticas e outras atividades nos países em desenvolvimento através de janelas de financiamento temáticas e a criação de um Comitê de Adaptação para promover a implementação de uma ação mais forte e coesa em matéria de adaptação (ONU, 2010).

A COP17 foi realizada na cidade de Durban, África do Sul; em dezembro de 2011. A comunidade internacional na COP17 estabeleceu significativos avanços no combate as mudanças climáticas. Considerada a segunda maior reunião deste tipo, "as negociações avançaram, de forma equilibrada, com a im-

plementação da Convenção e do Protocolo de Quioto, do Plano de Ação de Bali e dos Acordos de Cancun" (ONU, 2011).

A COP17 destaca-se pela criação de um pacote de medidas, chamado de "Plataforma de Durban", que determina uma segunda fase para o Protocolo de Kyoto, estabelece o mecanismo que deve reger o Fundo Verde para o Clima e traça um roteiro para um novo acordo global (ESTADÃO, 2011)

Destarte, o Fundo Verde do Clima - GCF (em inglês, *Green Climate Fund*) é uma entidade do mecanismo financeiro da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas é o principal canal para o financiamento multilateral para o clima que tem como objetivo apoiar financeiramente os países em desenvolvimento para promoção da mitigação da mudança climática e adaptação de seus efeitos. De acordo com a Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda do Brasil a estimativa é de que " o Fundo realize um papel significativo na mobilização do financiamento para o clima, que deverá alcançar US$ 100 bilhões por ano até 2020, conforme os compromissos assumidos pelos países desenvolvidos" (BRASIL, 2011).

A COP18 realizada em dezembro de 2012, em Doha, Catar, é marcada também pelo encerramento do primeiro período do Protocolo de Kyoto, onde em um balanço feito pelas Nações Unidas concluiu-se que o Protocolo de Kyoto não conseguiu reduzir a emissão de GEE, visto que durante este primeiro período que esteve em vigor houve um aumento de 16,2% de emissão de GEE no período de 2005 a 2012 (ONU, 2012). Mesmo, que 37 países (a maioria da União Europeia) tenham conseguido superar a meta de 5% de redução de emissão de GEE proposto pelo Protocolo de Kyoto para até 2012 (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015).

Nela foi lançado o segundo período de compromisso para com o Protocolo de Kyoto, que inicia em 2013 e termina em 2020. As Partes se comprometeram a reduzir as emissões de

GEE em pelo menos 18% abaixo dos níveis de 1990 no período de oito anos (2013-2020). Cada país negociou a sua própria meta de redução de emissões em função da sua visão sobre a capacidade de atingi-la no período considerado.

Além disso, foi gerado na COP18, uma grande expectativa, em relação a criação de um novo acordo do clima que pudesse envolver "compromissos de metas de redução de emissão para um número maior de países, para entrar em vigor a partir de 2020 após o novo vencimento deste segundo período do Protocolo de Kyoto" (PROCLIMA, 2012).

A COP-19, ocorreu na cidade de Varsóvia, Polônia; no período de 11 a 23 de novembro de 2013, para as Nações Unidas foi considerada um sucesso. Dentre as principais decisões adotadas na conferência incluem decisões sobre o avanço da Plataforma de Durban, o Fundo Verde para o Clima e Financiamento de Longo Prazo, o Quadro de Varsóvia para REDD Plus, o Mecanismo Internacional de Varejo para Perdas e Danos e outras decisões (ONU, 2013).

A COP-20 foi realizada em dezembro de 2014, na cidade de Lima, Peru. Na qual teve como objetivo analisar e propor diversas ações para conter o aumento da temperatura global e, consequentemente mitigar os impactos da mudança global do clima. Dentre os vários documentos, destaca-se o documento final intitulado de - Chamado de Lima para a Ação Climática - na qual, "tratou de dois aspectos essenciais para essas negociações: um rascunho-base de elementos para o novo acordo e as informações que cada país deve fornecer ao elaborar as suas "contribuições nacionalmente determinadas" ao novo acordo" (MRE, 2014).

Ainda sobre o "Chamado de Lima para a Ação Climática" ou "Rascunho Zero" destaca-se que:

> O documento final "Chamado de Lima para a Ação Climática" aprovado na COP 20, também conhe-

> cido como “Rascunho Zero”, é um acordo para a redução de emissões de gases de efeito estufa, que é a base para um novo pacto global de clima que poderá vir a ser adotado ao final deste ano, em Paris. Também objetiva o processo de submissão e revisão de INDC (*Intended nationally determined contributions*). O INDC representa os compromissos que cada país pretende assumir nacionalmente, ao determinar suas próprias metas de redução de gases de efeito estufa, e as negociações pretendem ampliar a ambição pré-2020. As delegações de 195 países devem apresentar ao longo do primeiro trimestre, conforme o documento, seus compromissos para reduzir as emissões globais entre 40% e 70% até 2050 e ações de adaptação à mudança climática, com a finalidade de limitar o aumento da temperatura do planeta a 2°C (PROCLIMA, 2014).

A COP21 foi realizada em dezembro de 2015, em Paris, França (ONU, 2015) onde resultou no - Acordo de Paris - considerado um acordo histórico e que pela primeira vez envolve quase todos os países do mundo, 195 países membros da Convenção do Clima da ONU e da União Europeia ratificaram o documento em um esforço para reduzir as emissões de carbono e conter os efeitos do aquecimento global (BBC, 2015).

Outro marco importante ocorrido na COP-21 foi a ratificação do Acordo de Paris pelo Estados Unidos e China. O anúncio foi feito pelo presidente Brack Obama em uma cerimônia ao lado do presidente chinês Xi Jinping, na China (também ratificado pelo Parlamento chinês) em 6 de setembro de 2016. Ambos, países são os maiores poluidores do planeta. A cerimônia ocorreu paralelamente à reunião do G20, que reúne as maiores economias do mundo. Obama e Jinping entregaram juntos um

documento ao secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, que oficializa a ratificação do Acordo de Paris pelos dois países. Ainda segundo informações da agência *Associated Press*, o documento certifica que os Estados Unidos e a China adotarão metas de redução de emissão de carbono (G-1, 2016).

O Acordo de Paris entrará em vigor a partir de 2020, quando se encerrar o segundo período do Protocolo de Kyoto. Contudo, o Acordo de Paris não estabelece metas específicas de compromisso de redução de GEE, deixando em aberto a possibilidade de existir futuramente.

O que o Acordo de Paris estabelece são, **planos nacionais para a ação climática**, chamados de Contribuições Internacionais Nacionalmente Determinadas (*INDCs*, na sigla em inglês *Nationally Determined International Contributions*), na qual, cada país apresenta voluntariamente planos que descrevem como e quanto que cada um vai reduzir em relação as suas emissões de GEE e as ações que vão promover para **fortalecer a resiliência climática.**

Dentre os principais objetivos do Acordo de Paris destaca-se o de manter o aumento da temperatura da Terra menor que 2°C. Considerada uma meta desafiadora, o pedido de haver um aumento da temperatura inferior a 2°C, partiu dos Estados Insulares, que são os mais vulneráveis as consequências do aquecimento global. Além disso o Acordo de Paris, visa arrecadar anualmente 100 bilhões de dólares dos países desenvolvidos a serem investidos em medidas de combate à mudança do clima e adaptação em países em desenvolvimento.

Importante destacar ainda que, o Acordo de Paris, prevê que o mesmo deverá ser revisto a cada 5 anos, e que as Partes deverão apresentar suas contribuições para mitigação das mudanças climáticas.

Em relação ao Protocolo de Kyoto, o Acordo de Paris frisa a urgência de acelerar a implementação da Convenção e seu Protocolo de Quioto, a fim de ampliar a ambição pré-2020.

Ao término da 21ª Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, o Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, afirmou que o Acordo de Paris marca um momento decisivo de transformação para reduzir os riscos da mudança climática:

> "Pela primeira vez, cada país do mundo se compromete a reduzir as emissões, fortalecer a resiliência e se unir em uma causa comum para combater a mudança do clima. O que já foi impensável se tornou um caminho sem volta".
>
> "O Acordo de Paris prepara o terreno para o progresso na erradicação da pobreza, no fortalecimento da paz e na garantia de uma vida de dignidade e oportunidade para todos" (ONU, 2015).

A COP22 realizada em novembro de 2016, em Marrakesh, no Marrocos, inicia o processo de regulamentação do Acordo de Paris estabelecido durante a COP21 e que apesar de preliminar pode ser descrita como um "ponto de chegada" que finalizou uma longa negociação sobre o papel dos países na mitigação do aquecimento global ao adotar o Acordo de Paris (ONU, 2016). Já em relação a COP-22, representa um "ponto de partida", com foco na definição do chamado "livro de regras", que estabelecerá como será a implementação das obrigações assumidas em Paris (BRASIL, 2016).

A COP22, serviu como "oportunidade para fazer ouvir as vozes dos países mais vulneráveis às mudanças climáticas, em particular os países africanos e os estados insulares. A COP22 se concentrou ainda em itens de ação para alcançar as

prioridades do Acordo de Paris, especialmente relacionadas à adaptação, transparência, transferência de tecnologia, mitigação, capacitação e perdas e danos (ONU, 2016)

Em relação aos Planos Nacionais de Adaptação, Nizar Baraka, presidente do Comitê Científico COP22, afirma que: "devemos encorajar nossos respectivos países a comprometerem-se fortemente com setores relacionados à economia verde (assim como à economia azul) para aproveitar o crescimento associado e as oportunidades de emprego." E isso significa lutar por um desenvolvimento sustentável e facilitar o acesso ao uso e desenvolvimento de tecnologias verdes (ONU, 2016). Já a COP 23 será realizada de 6 a 17 de novembro de 2017, em Bonn, na Alemanha.

CONCLUSÃO

Após uma longa análise das vinte e duas Conferências das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas já ocorridas até o presente momento, podemos perceber que houveram significativos avanços nos debates envolvendo à busca para a solução da crise climática.

É certo afirmar que negociar um acordo climático não é tarefa fácil ainda mais, quando se trata de opiniões e interesses diferentes das Partes. Podemos afirmar que estamos fazendo o caminho certo, mas que há inúmeros desafios ainda a serem superados, para se alcançar um desenvolvimento sustentável.

Precisamos estabelecer uma cooperação internacional mais forte, já que não estamos tratando de interesses individuais, mas sim de interesse público. Estamos diante de uma grande problemática, na qual, todos são responsáveis.

REFERÊNCIAS

BBC. **Conferência do clima termina com 'acordo histórico' contra aquecimento global**. Disponível em: <http://

www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151212_acordo_paris_tg_r>. Acesso em 11 mar 2017.

BRASIL. **Fundo Verde do Clima – GCF**: o principal canal para o financiamento multilateral para o clima. Disponível em: <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/fundo-verde-do-clima-2013-gcf>. Acesso em 10 mar 2017.

BRASIL. **COP-22 inicia regulamentação do Acordo de Paris**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2016/11/cop-22-inicia-regulamentacao-do-acordo-de-paris>. Acesso em 11 mar 2017.

CASARA, Ana Cristina. **Direito Ambiental do Clima e Créditos de Carbono**. Curitiba: Juruá, 2011.

DAMASCENO, Mônica. **A Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima**. In. SOUZA, Rafael Pereira de (coord.) Aquecimento global e créditos de carbono: aspectos jurídicos e técnicos. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.37-52.

ESTADÃO. **Entenda o significado da Plataforma de Durban, aprovada na COP-17**. Disponível em: <http://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-o-significado-da-plataforma-de-durban-aprovada-na-cop-17,809577>. Acesso em 10 mar 2017.

FERENCZY, Maria Andrea Von Harbach. **Direito Ambiental**: potencial do REDD+ para a sustentabilidade. Curitiba: Juruá, 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Dez anos depois, Protocolo de Kyoto falhou em reduzir emissões mundiais**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2015/02/1590476-dez-

-anos-depois-protocolo-de-kyoto-falhou-em-reduzir-emissoes-mundiais.shtml>. Acesso em 10 mar 2017.

FRANGETTO, Flavia Witkowski; GAZANI, Flavio Rufino. **Viabilização Jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil – O Protocolo de Kyoto e a cooperação internacional**. São Paulo: Peirópolis; Brasília, DF: IIEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2002.

G-1. **Estados Unidos e China ratificam acordo do clima assinado em Paris Obama e Jinping entregaram documento ao secretário-geral da ONU**. Acordo é o primeiro pacto universal para combater a mudança climática. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/09/estados-unidos-ratificam-acordo-do-clima-assinado-em-paris.html>. Acesso em 11 mar 2017.

KAROUSAKIS, Katia. **Promoting biodiversity co-benefits in REDD**. França: OECD Environmental Working Papers, n.11, 2009.

LIMIRO, Danielle. **Créditos de carbono**: protocolo de Kyoto e projetos de MDL. Curitiba: Juruá, 2012.

MCT. **Plano de Bali (Decisão 1/CP.13)**. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0025/25027.pdf>. Acesso em 10 mar 2017.

MRE. **Conferência sobre mudança do clima de Lima**. Disponível em: <http://blog.itamaraty.gov.br/26-desenvolvimento-sustentavel/104-conferencia-sobre-mudanca-do-clima-de-lima-cop-20>. Acesso em 10 mar. 2017.

ONU. **Acordo de Copenhague**. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0211/211699.pdf>. Acesso em 10 mar 2017.

ONU. **Acordo de Paris**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>. Acesso em 11 mar 2017.

ONU. **Bali Climate Change Conference - December 2007**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/bali_dec_2007/meeting/6319.php>. Acesso em 10 mar 2017.

ONU. **Bonn Climate Change Conference - July 2001**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/bonn_jul_2001/meeting/6357.php>. Acesso em 9 mar 2017.

ONU. **Buenos Aires Climate Change Conference - December 2004**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/buenos_aires_dec_2004/meeting/6338.php>. Acesso em 13 mar 2017.

ONU. **Cancun Agreements**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/cancun_nov_2010/items/6005.ph>. Acesso em 10 mar 17.

ONU. **Cancun Climate Change Conference - November 2010**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/cancun_nov_2010/meeting/6266.php >. Acesso em 10 mar 2017.

ONU. **Convenção sobre Mudança do Clima**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>. Acesso em 1 jun. 2017.

ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas**: COP21/CMP11. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>. Acesso em 11 mar 2017.

ONU. **COP22/CPM12/CMA1 – Marrakech UN Conference Climate Change**. Disponível em: <http://cop22.ma/en/water-and-climate-justice-road-cop22#>. Acesso em 11 mar 2017.

ONU. **Copenhagen Climate Change Conference - December 2009**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/copenhagen_dec_2009/meeting/6295.php>. Acesso em 10 mar 2017.

ONU. **Doha Climate Change Conference - November 2012**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/doha_nov_2012/meeting/6815.php>. Acesso em 10 mar 2017.

ONU. **Marrakech Climate Change Conference - October 2001**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/marrakech_oct_2001/meeting/6353.php>. Acesso em 9 mar 2017.

ONU. **Milan Climate Change Conference - December 2003**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/milan_dec_2003/meeting/6341.php>. Acesso em 13 fev 2017.

ONU. **Montreal Climate Change Conference - December 2005**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/montreal_nov_2005/meeting/6329.php>. Acesso em 10 mar 2017.

ONU. **Nairobi Climate Change Conference - November 2006**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/nairobi_nov_2006/meeting/6326.php>. Acesso em 10 mar 2017.

ONU. **New Delhi Climate Change Conference - October 2002**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/new_delhi_oct_2002/meeting/6349.php>. Acesso em 14 fev 2017.

ONU. **Poznań Climate Change Conference - December 2008**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/poznan_dec_2008/meeting/6314.php>. Acesso em 10 mar 2017.

ONU. **Protocolo de Quioto**. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0012/12425.pdf>. Acesso em 1 jun. 2017.

ONU. **Report of the conference of the parties on its fifth session, held at bonn from 25 october to 5 november 1999**. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/cop5/06.pdf>. Acesso em: 9 de mar de 2017, p.4.

ONU. **Report of the conference of the parties on its fourth session, held at Buenos Aires from 2 to 14 november 1998**. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/cop4/16a01.pdf>. Acesso em: 9 de mar de 2017, p.4.

ONU. **Report of the conference of the parties on the second part of its sixth session, held at bonn from 16 to 27 july 2001**. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/cop6secpart/05.pdf>. Acesso em 9 mar 2017, p.21-22.

ONU. **Report of the conference of the parties on the second part of its sixth session, held at bonn from 16 to 27 july 2001**. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/cop6secpart/05.pdf>. Acesso em 9 mar 2017, p.21-22.

ONU. **The challenges of COP22. COP22 in Marrakech: The COP of Action**. Disponível em: <http://cop22.ma/en/water-and-climate-justice-road-cop22#whatscop/post/165>. Acesso em 11 mar 2017.

ONU. **The Hague Climate Change Conference - November 2000**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/the_hague_nov_2000/meeting/6363.php>. Acesso em: 9 mar 2017.

ONU. **Warsaw Climate Change Conference - November 2013**. Disponível em: <http://unfccc.int/meetings/warsaw_nov_2013/meeting/7649.php#decisions>. Acesso em 10 mar 2017.

PROCLIMA. **COP 18/ MOP 8 – Doha, Catar (Novembro/ Dezembro 2012)**. Disponível em: <http://proclima.cetesb.sp.gov.br/conferencias/negociacoes-internacionais/conferencia-das-partes-cop/cop-18-mop-8-doha-catar-novembro-dezembro-2012/>. Acesso em 10 mar 2017.

PROCLIMA. **COP 20/CMP 10 – Lima, Peru (Dezembro de 2014)**. Disponível em: <http://proclima.cetesb.sp.gov.

br/conferencias/negociacoes-internacionais/conferencia-das-partes-cop/cop-20cmp-10-lima-peru-dezembro--de-2014/>. Acesso em 10 mar 2017.

PROCLIMA. **COP 6 – Haia, Holanda (novembro de 2000) / COP 6,5 – Bonn, Alemanha (julho de 2001)**. Disponível em: <http://proclima.cetesb.sp.gov.br/conferencias/negociacoes-internacionais/conferencia-das-partes-cop/cop-6-haia-holanda-novembro-de-2000-cop-65-bonn-alemanha-julho-de-2001/a>. Acesso em: 9 mar 2017.

QUAL É O SENTIDO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA? UMA ABORDAGEM CRÍTICA NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Marcelo Palladino Machado Vieira

INTRODUÇÃO

O Brasil é um Estado federal. É assim desde sua primeira Constituição republicana, promulgada em 1891[65]. Seu percurso histórico, contudo, é cheio de percalços e atrasos. A realidade subjacente à federação brasileira parece ter sido mais dinâmica que nossa capacidade de compreendê-la.

Ao longo da história brasileira, a federação foi prevista em todas as constituições, ainda que, em algumas delas, efetivamente não passasse de uma previsão meramente semântica[66].

Sem ainda termos dado a desejada eficácia aos princípios federativos almejados desde a primeira Constituição republicana,

65. Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte. (**Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 16 de outubro 2016.

66. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho.* 1. Reimpr.: Forum, 2013, p.124

somos instados a nos adaptar aos novos arranjos que a evolução (tecnológica, comunicativa, econômica e social) nos impõe.

O contexto econômico e social não admite mais inações ou respostas lentas do Estado. A velocidade das transformações pelas quais passamos deixa sem espaço um estado inerte, sentado em certezas absolutas de outrora, que se revelam verdadeiros anacronismos.

Não é possível fechar os olhos para a realidade. A federação brasileira não deu certo[67][68]. Nem mesmo as boas intenções da Constituição de 1988 foram suficientes para que o tão almejado federalismo pudesse fornecer as bases para uma maior descentralização eficiente do poder, participação democrática e eficiência na prestação dos serviços públicos.

A solução, todavia, não é simplesmente negar o instituto pelo raso argumento de que ele "não deu certo", mas compreender as razões do seu insucesso, investigando possíveis arranjos que contribuam para uma forma de estado que não se prenda a dogmas do passado, nem a aventuras irresponsáveis, mas que efetivamente traga um incremento ao auspicioso projeto constitucional de organização do poder político.

1. OBJETO DE ANÁLISE

Um dos elementos caracterizadores de um estado federal é a divisão constitucional de competências[69], que recai tanto sobre o aspecto material quanto sobre o aspecto legislativo.

---

67. BARROSO, Luís Roberto. **A derrota da federação. O colapso financeiro dos estados e municípios.** In *Temas de Direito Constitucional. 2ª edição. Editora Forense p.141-152*

68. REZENDE, Fernando. **O Federalismo Brasileiro em seu Labirinto. Crise e Necessidade de Reformas** Editora FGV, 2013

69. "Aspecto fundamental a ser destacado é o relativo à repartição de competências entre os entes federados.
Se a grande inovação do federalismo está na previsão de dois níveis de poder – um poder central e poderes periféricos -, que devem funcionar autônoma e concomitantemente, é manifesta a necessidade de tal partilha.
A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas." ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** – 6ª ed.- São Paulo: Atlas, 2013, p.14

Os entes de uma federação contam, por força de previsão constitucional, com autonomia para tratar de temas de variados interesses (políticos, econômicos etc) em suas próprias legislações, independentemente de como legislam os demais entes daquela federação. Trata-se do atributo da auto-organização dos entes federativos[70].

Contudo, ainda que à doutrina se permita categorizações mais amplas[71], identificando traços comuns em todas as federações, cada estado conta com suas respectivas realidades histórica, política econômica e social[72].

A partir desse panorama, procurar-se-á, em grande esforço de síntese, examinar se a federação encerra necessariamente valores axiologicamente consagrados pelo constitucionalismo, bem como examinar a federação brasileira em concreto, a partir de seu desenvolvimento histórico e de sua previsão na Constituição de 1988.

Mais especificamente, pretende-se examinar se o arcabouço teórico da federação sustenta advogar a tese de que o estado federal brasileiro deve necessariamente encaminhar-se para uma descentralização político-legislativa, como corolário dessa forma de estado.

---

70. " A construção normativa do Estado Federal pressupõe a adoção de determinados princípios, técnicas e instrumentos operacionais que podemos condensar na seguinte relação (...)
1. a decisão constituinte criadora do Estado Federal e de suas partes indissociáveis (...);
2. a repartição de competências entre a Federação e os Estados-membros;
3. o poder de auto-organização constitucional dos Estados-Membros, atribuindo-lhes autonomia constitucional" HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional –** 5ª ed. rev. e atual. Por Juliana Campos Horta – Belo Horizonte: Del Rey, 2010

71. "A ideia base é uma descentralização política. A ela, Burdeau, com extrema propriedade, acrescentou mais duas noções que, inclusive vieram a se integrar na conceituação corrente. Promoveu ele a fusão da lei da participação dos Estados-membros na formação da vontade federal, enunciada por Le Fur, com a doutrina da autonomia desenvolvida por Laband e Jellinek" BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional brasileiro: o problema da federação** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982

72. " As federações diferem bastante quanto à composição social, econômica e institucional. Incluem países muito grandes e muito pequenos, países ricos e pobres, com população homogênea ou muito diversificada (...)Não há modelo único e apropriado a todas as circunstâncias. Essa multiplicidade de formatos é um dos pontos mais fortes do federalismo. ANDERSON, George. **Federalismo: uma introdução;** tradução, Ewandro Magalhães Jr., Fatima Guerreiro – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 18

Para tanto, será analisado se há e, se houver, qual é o valor axiológico que se encerra em uma federação, abstratamente considerada. Posteriormente, será abordada a federação brasileira em espécie, para que, a partir de suas características, seja possível colher subsídios para que se possa concluir (ou não) para uma descentralização político-legislativa como comando da Constituição de 1988.

2. A FEDERAÇÃO ENCERRA VALORES AXIOLÓGICOS?

A doutrina em geral costuma examinar a organização territorial do poder político de modo descritivo. Identifica, portanto, características das formas de estado conhecidas na ciência política. Ainda que cada estado que adote a forma federal conte com peculiaridades[73], é possível identificar características comuns.

Em qualquer estado que adote a forma federativa, haverá, no mínimo, dois níveis de governo, um central e outro local, previsto em uma constituição escrita e que atribui competências a esses níveis de governo. Além disso, no estado federal, há um tribunal para decidir questões (conflitos) constitucionais entre os níveis de governo, além de um conjunto de processos e instituições para conduzir a relação entre os governos.

Os elementos essenciais, que identificam o estado federal são, de fato, i) a presença de duas ordens de governo genuinamente autônomas, ii) previstas constitucionalmente iii) e a inexistência de direito de secessão[74].

O que se pretende discutir é o seguinte: a autonomia dos entes que compõem o estado federal é, em si, um valor axio-

---

73. "**O federalismo se apresenta em muitas variedades e contextos**
As federações diferem bastante quanto à composição social, econômica e institucional. Incluem países muito grandes e muito pequenos, países ricos e pobres, com população homogênea ou muito diversificada. Algumas federações são democracias bem sedimentadas, ao passo que outras têm histórias mais recentes e processos conturbados de democratização.". ANDERSON, George, ob cit.

74. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6ª ed.- São Paulo: Atlas, 2013

lógico a ser protegido? É do cerne do estado federal uma tendência necessária à descentralização?

Há, na doutrina, vozes que levantam essa bandeira. Nelson Nery Junior sustenta que:

“Na verdade, para o aprofundamento da democracia representativa, no sentido de aproximá-la mais dos interesses da sociedade, é necessário atribuir mais e mais competências para o Município.”[75]

A opinião corrente na doutrina sustenta que federação e ideais democráticos são como duas faces da mesma moeda, chegando a afirmar que o princípio federativo realiza a aspiração de participação democrática[76], ao passo que, por outro lado, o autêntico federalismo não floresce em regimes políticos autocráticos[77].

Alguns autores identificam uma simbiose entre descentralização do poder político e democracia, de maneira que ambas se relacionam como que em proporção direta. Chega-se a afirmar que a descentralização é por si só, uma arma a favor da democracia e das liberdades públicas e só se realiza em estados federais e que a organização política descentralizada, modelada pelo federalismo, aumenta a presteza e eficácia da administração pública em todos os níveis, além de possibilitar uma ampla participação social nas atividades do governo, que ocorre justamente pelo processo de descentralização[78].

Boa parte dos autores sustenta que a federação é, per si, a forma de estado ideal ou ao menos axiologicamente mais preparada pra o florescimento da democracia. Contudo, questiona-se o axioma normalmente aceito, no sentido de que a

75. **História do município no Brasil.** Revista Forense, Rio de Janeiro: a. 95, v. 347, jul-ago-set;1999, p.230

76. ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **República e Federação no Brasil.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.173

77. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 67

78. ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático.* Lumen Juris Editora, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2014

forma federativa adotada na Constituição é um comando para que o estado, necessária e progressivamente, descentralize cada vez mais suas funções.

2.1- O ASPECTO FILOSÓFICO DA FEDERAÇÃO

Sob o aspecto filosófico, a doutrina procura justificar a prevalência dessa forma de organização do estado fundado no princípio da subsidiariedade. Afirma que o federalismo, de fato, é a aplicação do referido princípio[79].

A subsidiariedade conta com formulações filosóficas e aspirações de política social. Suas origens remotas se fundam em Aristóteles e, mais recentemente (mas ainda sem normatividade jurídica), aprofundadas pela doutrina social da Igreja, especialmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum, Quadragesimo Anno, Centesimus Annus e Mater et Magistra*[80].

Nesse última encíclica, o Papa João XXIII assim se pronunciou:

"Essa ação previdente do Estado, que protege, estimula, coordena e contempla a atividade dos particulares, há de inspirar-se no princípio da subsidiariedade, assim formulada por Pio XI na Encíclica *Quadragesimo Anno:* "Permanece, contudo, firme e imutável em filosofia social aquele importantíssimo princípio, que não se pode alterar nem mudar: assim como não é lícito tirar dos indivíduos para atribuir à comunidade, o que eles podem realizar com o seu próprio esforço e atividade, assim, também, é uma injustiça e, ao mesmo tempo constitui um dano e perturbação da reta ordem transferir para uma sociedade maior e mais elevada o que as comunidades inferiores

79. BARACHO, J.A. DE Oliveira, in **O princípio da subsidiariedade – Conceito e Evolução,** p.46 Editora Forense, 1996

80. HORTA. Raul Machado **Direito Constitucional** 5ª ed. ver. e atual. por Juliana Campos Horta – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 486

podem fazer e proporcionar; pois toda intervenção social, por sua força e natureza, deve trazer ajuda aos membros do corpo social, nunca, porém, destrui-los ou absorvê-los."[81].

O princípio foi consagrado normativamente, ingressando no Direito Comunitário europeu pelo Tratado de Maastricht[82].

Contudo, não nos parece que o princípio da subsidiariedade confira base para sustentar a prevalência de um viés politicamente descentralizado. Por que a descentralização política é em si algo bom em si mesmo? Por que, necessariamente e em todas as circunstâncias o ente local será mais responsivo e mais eficiente do que o ente central?

Ainda que se possa encontrar consistência jurídica, por sua dimensão filosófica, sua formulação no sentido de que "o ente maior não deve se intrometer nos negócios políticos do ente menor, daquilo que o ente menor for capaz de, por si só, realizar", não parece guardar conexão com a Constituição, mormente quando se trata de organização territorial do poder político. Que norma da Constituição brasileira de 1988 fundamenta a retirada de cena da União, em favor dos Estados e a saída dos Estados, em favor dos Municípios? Como sustentar uma prevalência, a priori, dos entes "menores", à luz do que a Constituição previu, concretamente[83], para os entes da federação?

A subsidiariedade, ainda que conte com fundamento filosófico e previsão normativa no direito internacional, não parece fundamentar a concreta relação entre os entes da federação brasileira, a partir da dinâmica estabelecida pela Constituição de 1988. José Vicente Santos Mendonça, tratando da Constituição econômica, afirma que o princípio da subsidia-

---

81. https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html acesso em 05/05/2017

82. HORTA, ob. cit.

83. Artigos 21, 22, 23, 24, 25 e 30 da Constituição

riedade é um argumento político e não jurídico[84], ou seja, habita o campo da política ordinária.

Trazendo o argumento para a relação entre os entes da federação, o maior ou menor protagonismo de determinado ente da federação deve ser contextual e operar no campo legislativo. A maior descentralização deve ser uma opção política concertada e não uma diretriz constitucional de mão única, que sempre rumaria na direção da descentralização.

Nesse aspecto, o problema do fundamento filosófico se encontra com a dificuldade política de sustentação do argumento da descentralização, em qualquer caso, que será objeto de análise do próximo item.

2.2- O ASPECTO POLÍTICO DA FEDERAÇÃO

Sob o viés político, tampouco se sustenta a enunciação da federação como um valor em si.

A cientista política Marta Arretche[85] problematiza o argumento da simbiose entre descentralização e democracia, afirmando a concretização dos ideais democráticos depende menos da escala de governo encarregado e mais da natureza das instituições. Segundo a autora, "É a concretização de princípios democráticos nas instituições políticas de cada nível de governo que define seu caráter e não a escala ou âmbito de decisão. O simples fato de que determinadas questões ou políticas sejam geridas pelo nível central não é indicador de uma gestão menos ou mais democrática."

Essa mesma opinião também é compartilhada na doutrina estrangeira. Guido Calabresi, no contexto da federação

84. MENDONÇA, José Vicente Santos. **Direito constitucional econômico.** p.266. Editora Forense

85. ARRETCHE, Marta https://processodecisorioblog.files.wordpress.com/2017/03/descentralizac3a7ao-arretche.pdf **O mito da descentralização: maior descentralização e eficiência das políticas públicas.** Acesso em 03/05/2017

norte-americana, aborda o federalismo muito mais como uma estratégia política (contextualmente bem sucedida) do que propriamente um princípio altaneiro que merece uma superproteção de seus esquadros inaugurais.

O autor retira a federação de seu pedestal, identificando seu uso como um elemento de estratégia política, de modo que aqueles que comungam de certa visão moral recorrem ao federalismo quando estão perdendo a discussão em âmbito nacional, mas facilmente abandonam o "direito dos estados" quando suas opiniões prevalecerão no âmbito nacional[86].

Ainda na doutrina norte-americana, Edward L. Rubin e Malcolm Feeley[87] entendem que o federalismo não conta com valores independentes, nem como princípio de organização para os estados. Assim, rejeitam o federalismo como justificativa de valores constitucionais, como o experimentalismo. Para os autores, os experimentos devem ser inicialmente induzidos pelo ente central, mesmo porque, de acordo com teorias econômicas, as subunidades não teriam incentivo em investir em experiências que envolvem risco substantivo ou político, o que, evidentemente, produzirá poucas experiências.

A federação deve ser vista como um fenômeno político, sem maiores valores axiológicos a priori, senão contextualizados.

O estado federal deve ser examinado em concreto, a partir de suas características históricas e de suas vicissitudes econômicas e sociais. Democracia, em síntese, significa participação do indivíduo na escolha dos detentores do poder, prevalência da vontade da maioria e respeito às minorias. Essas características não são incompatíveis com uma organização

---

86. CALABRESI, Guido. **Federalism and Moral Disagreement** https://ssrn.com/abstract=2849994 acesso em 01/05/2017

87. RUBIN, Edward L. FEELEY, Malcolm, **Federalism: Some Notes on a National Neurosis,** 41, UCLA L. Rev. 903 (1994) disponível em http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2066, acesso em 30/04/2017

centralizada ou descentralizada do poder político, nem tampouco emerge com mais clareza em estados unitários[88].

É o que se verifica, por exemplo, na Constituição da República Bolivariana de Venezuela que, sem embargo da adoção de medidas antidemocráticas, como controle da imprensa[89][90] e perseguições políticas[91][92][93], nem por isso deixou, ao menos formalmente, de adotar a federação como forma de estado[94]. Ou, por outro lado, a federação não foi capaz de conter a forma autoritária dos rumos políticos daquele estado, que, atualmente, parece conviver com sérias ameaças institucionais[95].

Portanto, não há, sob o aspecto político, uma prevalência axiológica da federação sobre as outras formas de estado, de modo que, sob tal viés, não se pode extrair, tanto da doutrina geral do federalismo, quanto das previsões concretas da Constituição de 1988[96], uma prevalência a priori de formas descentralizadas de organização política.

---

88. Há países que adotam a forma unitária de organização do poder político e nem por isso sofrem com déficit democrático, tal como Chile, Portugal, Holanda e Suécia. Ao contrário, a Venezuela é formalmente uma federação e sofre, há tempos, com autoritarismo estatal.

89. www.terra.com.br "ONG alerta sobre censura na internet na Venezuela" 11/03/2014;

90. www.veja.abril.com.br "Censura chavista se volta contra humorista venezuelano", 11/06/2014

91. www.brasil.elpaís.com "Aumenta a pressão política na Venezuela depois dos protestos", 21/02/2014

92. www.conectas.org "Defensores da Venezuela. Organizações exigem fim de perseguição a ativistas de direitos humanos"

93. Decisão da Comisión Interamericana de Derechos Humanos deferiu pedido na Medida Cautelar nº 438-15 de 14/10/2015, apresentado pelo PROVEA, para que a CIDH requisitasse à Venezuela medidas de proteção necessárias para garantir a vida e integridade pessoal de ativistas de direitos humanos na Venezuela

94. Art. 4º da Constituição da Venezuela: A República Bolivariana de Venezuela é um Estado Federal descentralizado nos termos consagrados por esta Constituição, e rege-se pelos princípios de integridade territorial, cooperação, solidariedade, participação e corresponsabilidade."

95. Venezuela 'coup': Alarm grows as court takes power **http://www.bbc.com/news/world-latin-america-39449494** acesso em 05/05/2017. A Suprema Corte venezuelana retirou poderes do Legislativo, de maioria oposicionista ao Presidente Nicolas Maduro, sob o argumento de irregularidades nas eleições de 3 parlamentares oposicionistas do Presidente, ocorridas em 2015.

96. Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autôno-

Acerca das questões federativas à luz da Constituição de 1988, dedicamos breve exame adiante.

3. QUAL É O CONTEXTO DO FEDERALISMO NO BRASIL?

No contexto específico da Constituição de 1988, é preciso que se examine qual é o efetivo comando que o estado federal impõe como vetor interpretativo. Seu texto normativo conduz o intérprete necessariamente à condução descentralizada do estado brasileiro, depositando o protagonismo nos estados e municípios?

Ainda que o objeto de estudo seja, concretamente, a federação brasileira a partir de sua configuração na Constituição de 1988, não se pode deixar de abordar, ainda que em brevíssima síntese, o histórico do desenvolvimento do estado brasileiro, sob o prisma da participação das elites no arranjo político nacional.

A federação foi formalmente inaugurada no Brasil com a Constituição de 1891. O discurso em torno da nova organização estatal era o de conferir maior autonomia às realidades locais, de modo a incrementar a participação popular na vida pública. A doutrina, baseada nas observações aparentemente dominantes da historiografia brasileira, endossa a aparente tendência brasileira à descentralização política, como se esse arranjo, a despeito de aparecer formalmente apenas na primeira constituição republicana de 1891, já se apresentasse entranhado em nossas tradições culturais[97].

---

mos, nos termos desta Constituição
Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado

97. "O federalismo parece ser uma marca indelével na tradição constitucional brasileira. Suas origens remontam à divisão da Colônia em Capitanias Hereditárias, que gozavam de ampla autonomia em relação à Corte Portuguesa. Esse espírito localista se acentuou não apenas em razão da enorme extensão territorial do Brasil, mas também pela importância do modelo municipalista ibérico. Após a independência, a oposição das oligarquias locais ao centralismo absolutista de D. Pedro I fez eclodir diversas rebeliões e, durante a Regência, levou até a ampliação do poder das Províncias com o Ato Adicional de 1834. Embora essas prerrogativas tenham sido restringidas um pouco depois, o movimento federalista continuou se intensificando

Contudo, não se pode deixar de observar que grande parte dos movimentos tendentes à descentralização da política brasileira foram forjados pelas elites locais e, principalmente, que a dualidade entre esses movimentos na verdade faziam parte de um acordo muito mais amplo entre elites nacionais e gerais, para a manutenção do status quo e não como uma quebra de paradigma, em favor da maior participação popular e responsividade estatal.

Por isso, parece não apenas questionável o "DNA federalista" do estado brasileiro, como principalmente a capacidade desse arranjo político, por si só, representar um avanço institucional em prol de um incremento democrático.

Do ponto de vista histórico, o questionamento de Miriam Dolhnikoff faz bastante sentido, ao apontar que os liberais, no Império, não estavam preocupados com a maior participação política da população, mas viam a federação como um arranjo conveniente para que pudesse haver a conjugação entre autonomia provincial e participação das elites provinciais no governo central, a fim de ampliar o papel político das elites tanto nas suas províncias como na Corte[98].

Essa mesma conclusão foi exposta por Luís Roberto Barroso[99] que, recorrendo à Silveira Neto, constatou, ao tratar da primeira república, a maior opressão e restrição às liberdades das oligarquias estaduais que do poder central.

A partir dos estudos de Miriam Dolhnikoff, Marco Aurélio Marrafon[100] conclui que "a adoção oficial da forma federativa

---

à medida que o eixo econômico se deslocava do Nordeste e do rio de Janeiro para o oeste de São Paulo." PIRES, Tiago Magalhães. *As competências legislativas na constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo.* 1ª ed. – Belo Horizonte: Forum, 2015

98. DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial. Origens do federalismo no Brasil.* São Paulo: Globo, 2007, p. 27

99. BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação.* Rio de Janeiro: Forense. 1982, p.37

100. MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâ-*

de Estado com a Proclamação da República se revelou muito mais como um rearranjo do próprio sistema federativo – fruto das tensões entre o governo central e os governos regionais, do que uma ruptura forte com uma ordem centralista e unitarista anterior, tese inovadora que contraria interpretações clássicas sobre o tema.”.

O embrião da federação brasileira, portanto, não nasce imaculado. Ao contrário, surge como um argumento conveniente que, a pretexto de se apresentar como um arranjo democrático e garantista de direitos, serviu de argumento retórico para que as elites centrais e locais pudessem manter o status quo que tanto lhes favoreceu.

O vício de origem da federação brasileira ainda não foi sanado pela Constituição de 1988, talvez em razão de um raciocínio corrente que relaciona, por um lado, maior descentralização à maior participação democrática e proteção a direitos, como um verdadeiro axioma. A outra face da mesma moeda desse entendimento é considerar a maior centralização das competências estatais como um comportamento sempre indesejado, por ser, naturalmente, excludente e antidemocrático.

Contudo, esse entendimento não consegue comprovar a relação de causa e efeito. Ao contrário, conforme identifica Marta Arretche[101], o uso clientelístico dos recursos públicos ocorre mais pela natureza das relações entre burocracias públicas e das possibilidades de controle efetivo dos cidadãos sobre a ação de governos do que a escala ou nível de governo responsável pela prestação dos serviços. Segundo a autora, formas mais transparentes e efetivas de prestação de serviços

---

mica entre autonomia e centralização. In CLÉVE, Clemerson Merlin *Direito constitucional brasileiro: Volume II: organização do Estado e dos poderes* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 101

101. ARRECTHE, Marta https://processodecisorioblog.files.wordpress.com/2017/03/descentralizacaao-arretche.pdf **O mito da descentralização: maior descentralização e eficiência das políticas públicas.** Acesso em 03/05/2017

sociais não decorrem (ou não são um subproduto necessário) da transferência de atribuições para níveis descentralizados de oferta e gestão de bens públicos.

Sob o aspecto democrático, não parece que a federação em geral, e a brasileira em especial, incremente princípios procedimentais e substantivos de justiça. Não há relação direta entre a maneira de proteger liberdades públicas e a forma de organização espacial do poder político.

Ainda que inicialmente se pudesse supor que a maior descentralização política pudesse aproximar os poderes constituídos dos cidadãos, a experiência brasileira nos mostra que esse modelo, na verdade, favoreceu a antítese do processo democrático, criando solo fértil para o florescimento de "currais eleitorais", dominados por elites locais que se dedicam a tomar o aparelho estatal para si, em nítido benefício pessoal[102].

Portanto, afigura-se problemático vincular, no contexto brasileiro, a federação como simbiótica a princípios de justiça, sejam eles substantivos ou procedimentais e, menos ainda, a princípios republicanos.

Oscar Vilhena Vieira, ao tratar das limitações materiais ao poder de reforma, dedica especial atenção às cláusulas pétreas, chamando-as de "cláusulas super-constitucionais". O

---

102. "Entre as causas dessa usurpadora extensão de atribuições, que perdura pelo menos até meados do século XVII, ocupa lugar de relevo a insuficiência do aparelhamento administrativo no território extenso, inculto e quase despovoado, ou seja, a fraqueza do poder público. Em outras palavras, o fator básico dessa situação era o isolamento em que viviam os senhores rurais, livres, portanto, de um elemento efetivo de contraste de sua autoridade. Além disso, como constituíam a vanguarda da Coroa na ocupação da terra nova, defendida pelo gentio belicoso e ameaçada por outras potências europeias, não era muito considerável a margem de conflito entre o poder privado da nobreza territorial e o poder público, encarnado no rei e em seus agentes. Por isso mesmo, a Metrópole não somente se resignava ante a prepotência dos colonos, como ainda lhes conferia prerrogativas especiais. Protegia, por exemplo, os grandes fazendeiros contra a concorrência dos pequenos produtores de aguardente, mandando destruir as engenhocas; tornava as câmaras privativas dos proprietários de terras, vedando a eleição de mercadores; resguardava o patrimônio dos senhores de engenho, proibindo que fossem executados por dívidas etc. Por tudo isso, o latifúndio monocultor e escravocrata representava, a essa época, o verdadeiro centro de poder da Colônia: poder econômico, social e políticoLEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto. O Município e o Regime Representativo no Brasil**. Companhia das Letras. 7ª edição

professor entende que o art. 60§4º da Constituição[103] deve ser compreendido à luz de princípios de justiça, que possam servir como paradigmas de controle em relação à legitimidade material dessas cláusulas.

Após concluir que as cláusulas pétreas não violam nenhum princípio de justiça, pondera que nem por isso todos os princípios e valores tenham valor ético transcendente. Assim, ainda que o autor parta da premissa de que a federação é organização política que conta com importância significativa para o desenvolvimento da democracia, admite que "não sendo o princípio federativo um valor ético transcendente, este dever cede em confronto com o avanço de outros princípios fundamentais"[104].

Portanto, não parece haver fundamento jurídico para sustentar que a previsão da organização do poder político seja, por si só, um indicador hermenêutico que conduza o intérprete a privilegiar sempre tendências descentralizadoras, senão verificar o contexto em que se insere a organização política pretendida, à luz da proteção a direitos e dos pressupostos do funcionamento da democracia.

4. UMA PROPOSIÇÃO POSSÍVEL

A divisão territorial do poder político é instrumento e não finalidade. A confusão dessas premissas tem nos levado a equívocos. A constatação de que a federação brasileira não deu certo[105] parece unânime, mas a solução normalmente apresentada para o problema é justamente insistir pura e simplesmente em uma maior autonomia dos entes federais, como se isso fosse a solução até agora não implementada.

---

103. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta
(...)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado

104. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como reserva de justiça.* Lua Nova nº 42

105. BARROSO, Luís Roberto. *A derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios* in *Temas de Direito Constitucional*- Rio de Janeiro: Renovar, 2002 – 2ª ed. – tomo I

No entanto, propõe-se uma releitura da federação brasileira, a partir das suas premissas jurídicas e históricas, sucintamente desenvolvidas. O instituto em questão deve ser interpretado sem os "voluntarismos" tendentes a uma maior descentralização pura e simples, que advoga a tese de uma simbiose histórica entre centralização e baixo pedigree democrático, nem tampouco sem favorecer centralismos antidemocráticos, como ocorreu em momentos de nossa história (especialmente no contexto das Constituições de 1937 e 1967/1969).

A autonomia dos entes políticos deve ser compreendida como um arranjo político contextual e não como um valor intrínseco. A autonomia do ente estatal não possui a mesma carga axiológica da autonomia individual, que representa a dimensão ética da dignidade humana[106], motivo pelo qual não deve merecer a mesma proteção constitucional dos princípios que envolvem os direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido é que emerge a necessidade de um giro interpretativo da federação brasileira, a partir de sua realidade histórica e política. Não se concebe mais um maniqueísmo interpretativo que se resume ao binômio centralização x autonomia, como se a primeira indicasse regimes menos democráticos que a segunda.

Talvez a distribuição de competências entre os entes federativos deva ser interpretada por um viés dialógico, de modo a aproveitar as melhores capacidades institucionais de cada ente, as melhores potencialidades das visões global, regional e local, em atuação sinérgica e não de forma estanque e excludente.

A Constituição não pôde ter criado um sistema em que entes integrantes do mesmo sistema, essencialmente garantista

---

106. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial/* in http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf acesso em 02/05/2017

e comprometido com a efetividade dos direitos, se lancem numa competição deletéria, em que, no final das contas, é mais importante ser o competente para atuar em determinada política ou legislar sobre algum assunto do que efetivamente promover o direito em questão. A autonomia política de um ente da federação não pode lhe gerar mais isolamento que integração, mormente em um país de tantas desigualdades.

Já é o momento de uma ressignificação federativa, em que as relações entre os entes não sejam pautadas como se houvesse um direito nato das unidades federativas, mas como um arranjo político destinado a garantia de direitos e incremento da democracia. Como afirmado por Marco Aurélio Marrafon[107], a federação deve ser uma janela de oportunidade em que a descentralização não signifique predomínio das formas "neocoronelistas" das elites locais e regionais, permitindo que se instaurem condições necessárias para cooperação federativa, tampouco um predomínio do poder central divorciado de um espírito cooperativo e integrador.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** – 6ª ed.- São Paulo: Atlas, 2013.

ANDERSON, George. **Federalismo: uma introdução;** tradução, Ewandro Magalhães Jr., Fatima Guerreiro – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

ARRETCHE, Marta https://processodecisorioblog.files.wordpress.com/2017/03/descentralizac3a7ao-arretche.pdf **O mito da descentralização: maior descentralização e eficiência das políticas públicas.** Acesso em 03/05/2017

107. MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização.* In CLÉVE, Clemerson Merlin *Direito constitucional brasileiro: Volume II: organização do Estado e dos poderes* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 117 e seguintes

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986

BARACHO, J.A. DE Oliveira, in **O princípio da subsidiariedade – Conceito e Evolução,** p.46 Editora Forense, 1996

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional brasileiro: o problema da federação** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982

BARROSO, Luís Roberto. *A derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios* in *Temas de Direito Constitucional*- Rio de Janeiro: Renovar, 2002 – 2ª ed. – tomo I

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial/* in http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf acesso em 02/05/2017

BRASIL. **Constituição** (1891). **Constituição** da República Federativa do Brasil.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil.

CALABRESI, Guido. **Federalism and Moral Disagreement** https://ssrn.com/abstract=2849994 acesso em 01/05/2017

DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial. Origens do federalismo no Brasil.* São Paulo: Globo, 2007

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional –** 5ª ed. rev. e atual. Por Juliana Campos Horta – Belo Horizonte: Del Rey, 2010

https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html acesso em 05/05/2017

http://www.bbc.com/news/world-latin-america-39449494 acesso em 05/05/2017

www.brasil.elpaís.com "Aumenta a pressão política na Venezuela depois dos protestos", 21/02/2014

JUNIOR, Nelson Nery. **História do município no Brasil.** Revista Forense, Rio de Janeiro: a. 95, v. 347, jul-ago--set;1999.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto. O Município e o Regime Representativo no Brasil**. Companhia das Letras. 7ª edição

MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização.* In CLÉVE, Clemerson Merlin *Direito constitucional brasileiro: Volume II: organização do Estado e dos poderes* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

MENDONÇA, José Vicente Santos. **Direito constitucional econômico.** p.266. Editora Forense

PIRES, Tiago Magalhães. *As competências legislativas na constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Forum, 2015

REZENDE, Fernando. **O Federalismo Brasileiro em seu Labirinto. Crise e Necessidade de Reformas** Editora FGV

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **República e Federação no Brasil.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997

RUBIN, Edward L. FEELEY, Malcolm, **Federalism: Some Notes on a National Neurosis,** 41, UCLA L. Rev. 903 (1994) disponível em http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2066, acesso em 30/04/2017

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho.* 1. Reimpr.: Forum, 2013

www.veja.abril.com.br "Censura chavista se volta contra humorista venezuelano", 11/06/2014

www.brasil.elpaís.com "Aumenta a pressão política na Venezuela depois dos protestos", 21/02/2014

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como reserve de justiça.* Lua Nova nº 42

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático.* Lumen Juris Editora, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2014

LIMITAÇÃO E GOVERNABILIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AMBIVALÊNCIA DO PODER EXECUTIVO

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a oferecer subsídios para uma reflexão em torno da ambivalência do poder executivo. Responsável pelas funções que propiciam a administração, a prosperidade, a segurança e a gestão de políticas públicas em benefício da sociedade, o poder executivo, em nome de necessidades políticas prementes, não raro força os limites da legalidade, fragilizando e pondo em situação de risco o Estado de direito e os direitos e liberdades dos cidadãos.

Ao contrário do que sugere uma leitura acrítica da moderna teoria da separação de poderes, essa dupla face do executivo já se encontra delineada nas teorias de Locke e Montesquieu. Resgatar esse aspecto menos saliente do modelo de exercício do poder político preconizado pelo liberalismo clássico pode representar uma oportunidade para a ampliação do debate sobre o papel do poder executivo nos cenários políticos e constitucionais contemporâneos.

O texto ora apresentado é uma adaptação resumida do artigo "Reflexões sobre a hipertrofia do poder executivo", publicado no âmbito do projeto "Justiça, Processo e Direitos Humanos", do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Petrópolis (CASAMASSO, 2009).

1. REVISITANDO O PODER EXECUTIVO NA MODERNA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

No cerne das propostas políticas de Locke e de Montesquieu pode-se encontrar a celebração do princípio da *supremacia da lei*, expressa na aguerrida defesa de um governo despojado de vontade livre e arbitrária, que age de forma programada e previsível, com base em regras jurídicas objetivas e estáveis. O desígnio dos autores, *in nuce*, era promover o triunfo do antigo ideal do governo das leis sobre o governo dos homens.

Eis a razão pela qual encontramos no *Segundo Tratado sobre o Governo*, de Locke (1978, p. 94), o legislativo caracterizado como um poder *supremo*, a ser estabelecido pela "primeira lei positiva e fundamental" da sociedade política. Por seu turno, o executivo, exercido pelo monarca e apartado do legislativo, se apresenta como um poder "visivelmente *subordinado*" (LOCKE, 1978, p. 94).

Na obra *Do Espírito das Leis*, Montesquieu (1979, p. 149) alerta para o perigo que se manifesta na concentração dos poderes *legislativo* e *executivo* "na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura", e que culmina, inevitavelmente, na perda da liberdade dos indivíduos submetidos aos governantes. O autor corrobora a constatação com exemplos extraídos da realidade europeia do seu tempo, concluindo que os príncipes despóticos "começaram sempre reunindo em sua pessoa

todas as magistraturas; e vários reis da Europa, todos os grandes cargos do seu Estado" (MONTESQUIEU, 1979, p. 194).[108]

Como fizera Locke, Montesquieu propõe que se distinga e separe o detentor do poder executivo da autoridade encarregada da elaboração da lei.

Mas a submissão do monarca – ou de qualquer outra autoridade que venha a exercer o executivo – à lei não supera todos os obstáculos que despontam no cenário de desafios que envolve a compatibilização do poder político com a liberdade. Certamente, a institucionalização de um Estado de direito a partir do controle e abrandamento do poder monárquico configura uma das maiores conquistas da moderna teoria da separação de poderes. Contudo, não se deve olvidar que, além de se comprometer com a preservação da liberdade, um governo limitado e legítimo – no sentido liberal que lhe foi atribuído por Locke e Montesquieu – deverá igualmente se notabilizar pela eficiência e capacidade de garantir a estabilidade política.

De fato, o imperativo do sucesso no universo político, que depende tanto do cumprimento dos deveres administrativos ordinários quanto das conquistas sociais e econômicas almejadas pela sociedade em geral, surge, mais cedo ou mais tarde, como requisito inflexível para a garantia da governabilidade e da paz. Dessa implacável exigência recorrente ao longo da história, pode-se extrair uma máxima política, que, em termos simplificados, condiciona a legitimidade dos que exercem o poder executivo à eficiência governamental.

---

108. A proposta de limitação do poder político de Montesquieu contempla, além do *legislativo* e do *executivo*, o *poder judiciário*. Locke, por seu turno, menciona os poderes *legislativo*, *executivo* e *federativo* (este, atrelado ao *executivo*). Kiyoshi Simokawa (2006, p. 73). demonstra estranheza perante o fato de o *judiciário*, na teoria de Locke, ser considerado uma função intrínseca ao *legislativo*, mas que, "historicamente falando", o Parlamento inglês exerceu funções judiciárias, funcionando, também, como a "Alta Corte do Parlamento". Entretanto, o mais convincente, segundo ele, é considerar que Locke "não colocou o poder judiciário em um ramo fixo do governo". Igualmente, Chevallier (1983, p. 47) observa: "pode-se raciocinar em função apenas de dois poderes, uma vez que o judiciário não tem lugar à parte e constitui 'o atributo geral do Estado'".

O problema é que essa busca por eficiência amiúde entra em rota de colisão não apenas com a legalidade, mas também com os direitos e as liberdades dos governados. Para os que estão à frente do Estado, não é incomum que as limitações impostas pelo direito – em especial as constitucionais e administrativas – se mostrem desarmônicas e irreconciliáveis com as únicas soluções tidas por satisfatórias e exequíveis para o atendimento às grandes demandas sociais e o combate às crises que afligem a sociedade.

Não é infrequente, também, que, do ponto de vista dos cidadãos, a promoção de certos programas políticos possa vir a acarretar sensíveis perdas de direitos e liberdades, como ilustram as propostas de reformas previdenciária, trabalhista e tributária. Igualmente, na luta contra a criminalidade, o Estado poderá diminuir o campo da autonomia individual, impedindo que pessoas pratiquem determinadas ações, como a de portar armas para a autodefesa. O mesmo poderá ocorrer por ocasião do combate a uma epidemia, ou pela necessidade de adoção de políticas sanitárias, quando hábitos e costumes arraigados poderão sofrer severas restrições por parte do Poder Público, a exemplo das restrições ao consumo de tabaco e de bebidas alcoólicas.

Esse reduzido rol exemplificativo nos permite antever a difícil tarefa de se ajustar o exercício limitado do poder político à prova da eficiência governamental. Eis que para um governo comprometido com políticas inovadoras e progressistas, ou mesmo conservadoras, não é raro que algumas limitações constitucionais impostas ao exercício do poder político – particularmente ao executivo – envolvam obstáculos insuperáveis para a consecução das ações e políticas públicas pretendidas. Não surpreenderá, neste caso, que ocorra a mobilização do governante em prol da diminuição de algumas das restrições jurídicas que limitam o exercício do seu poder,

a fim de obter os instrumentos e recursos que julga indispensáveis à realização dos seus projetos políticos.

Mas afinal, como conciliar, no âmbito da moderna teoria da separação de poderes, duas exigências potencialmente antagônicas e, no limite, reciprocamente excludentes: *de um lado, a limitação do poder político e, do outro, a eficiência no que se refere à solução dos grandes problemas que afligem a sociedade ou ao atendimento às demandas da população?*

Locke e Montesquieu não ignoraram a difícil compatibilização do projeto de limitação do poder político que propugnavam com as exigências relativas à governabilidade e eficiência. Ainda que não tenham deixado de advogar em favor de um Estado baseado na prevalência da lei e no respeito aos direitos e liberdades dos cidadãos, os dois autores acabaram, em certa medida, por ceder em favor dos detentores do poder executivo. Com efeito, não é exagero afirmar que, nas suas teorias políticas, o instrumental oferecido para o arrefecimento e o controle desse poder é paradoxalmente contrabalançado pela prescrição de mecanismos que visam a robustecê-lo, conferindo-lhe maior liberdade e proeminência em face dos outros poderes.

Ora, no *Segundo Tratado sobre o Governo*, a preocupação de Locke com a eficiência salta aos olhos. Segundo o autor, nos casos em que a integridade do bem comum estiver em risco, o detentor do poder executivo deverá ter a possibilidade e a capacidade de agir com mais liberdade. Trata-se da *prerrogativa* – espécie de “permissão” (LOCKE, 1978, p. 99) conferida pelo povo ao governante–, que implica “o poder de agir de acordo com a descrição a favor do bem público, sem a prescrição da lei e muita vez mesmo contra ela...” (LOCKE, 1978, p. 159) . Ou seja, “a prerrogativa não é senão o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras” (LOCKE, 1978, p. 100). Mas a quem caberá avaliar se o bem comum

encontra-se ou não em risco? Locke (1978, p. 98) responde: "o bem da sociedade exige que várias questões fiquem entregues à discrição de quem dispõe do poder executivo".

Segundo Locke, eventuais abusos poderão ser julgados pelo povo, que, em última instância, poderá destituir o governante até mesmo com o uso da força (LOCKE, 1978, p. 115). Entretanto, essa solução para frear o governante no caso de abuso da prerrogativa nos parece pouco convincente, porquanto o *direito de insurreição* do povo contra a tirania, tal como propugnado pelo autor, é de difícil exercício (LOCKE, 1978, p. 122 e 123), mais se assemelhando a uma reminiscência do direito natural do que, propriamente, a um direito institucionalizado.

Além da *prerrogativa*, a distinção de poderes proposta no *Segundo Tratado* abrange outras características que parecem favorecer a preservação de resquícios da força e da grandeza do antigo poder monárquico. Assim, a recomendação para que o executivo atue permanentemente, sem interrupções, é seguida da advertência de que será inconveniente e perigosa a atuação ininterrupta do legislativo, que, contrariamente àquele poder, não deverá estar sempre a postos (LOCKE, 1978, p. 94). Por essa razão, caberá ao poder executivo convocá-lo e dispensá-lo, conforme julgar conveniente para o bem público (LOCKE, 1978, p. 95). Sem embargo da distinção de poderes por ele proposta, Locke (1978, p. 93) não desconhece o direito de o detentor do poder executivo participar do poder legislativo.

Em *Do Espírito das Leis* também se encontram exemplos que atenuam o objetivo de se enfraquecer o poder do monarca. É assim que Montesquieu (1979, p. 153) confere ao executivo o direito ao veto, o que lhe permitirá "participar da legislação", interrompendo o processo legislativo. Por sua vez, o legislativo não poderá "participar da execução", pois, neste caso, o executivo estaria "perdido" (MONTESQUIEU,

1979, p. 153). E como a pessoa do monarca "deve ser sagrada" (MONTESQUIEU, 1979, p. 152), quaisquer que sejam os resultados do seu governo, nem a sua pessoa, nem a sua conduta, poderão ser julgados pelo Legislativo. Ao executivo caberá convocar e determinar a duração das assembleias do legislativo (MONTESQUIEU, 1979, p. 151 e 152). E mais: é outorgado ao executivo o controle do exército, uma vez estabelecido pelo legislativo (MONTESQUIEU, 1979, p. 151 e 152).

Esses exemplos revelam o cuidado de Montesquieu em preservar um espaço para a atuação mais livre e desembaraçada do poder executivo, a fim de se evitar a usurpação da liberdade dos cidadãos pelo legislativo, e, principalmente, de se impedir o emperramento da máquina estatal. São essas concessões feitas ao monarca que levam Jean-Claude Colliard (1992, p. 973) a concluir que, na prática, a combinação ideal de poderes pretendida Montesquieu implicava uma dominação exercida pelo executivo sobre o legislativo.

O arrefecimento do controle do poder executivo em Locke e Montesquieu põe a descoberto, na moderna teoria da separação de poderes, um duplo esforço: o primeiro, objetivando a limitação do poder político, volta-se para a liberdade; o segundo, visando à garantia da governabilidade e da eficiência estatal, procura garantir a preservação de algumas das velhas prerrogativas monárquicas, com inclinação mais absolutista do que liberal, em benefício do poder executivo.

A dificuldade inerente a esse *duplo esforço* procede, sobretudo, do seu caráter paradoxal. A contradição evidencia-se porque a teoria da separação de poderes vê-se obrigada, em última instância, a promover uma harmonia em princípio irrealizável: *a conciliação da defesa da liberdade dos indivíduos com o extenso e tentacular poder corporificado pelo Estado Moderno*.

2. O PODER EXECUTIVO: O ATOR PRINCIPAL DO UNIVERSO POLÍTICO

A despeito das sensíveis diferenças, as análises de Locke e Montesquieu convergem para o reconhecimento da grandeza e indispensabilidade do poder executivo. Malgrado os riscos de desvios, arbitrariedades e abusos, a atuação do governo – aqui entendido como restrito ao executivo – mostra-se necessária e insubstituível, qual uma *fatalidade política*, a ser concretamente experimentada pela totalidade das associações políticas.

Esse reconhecimento guarda, por sua vez, estreita relação com a apreciação do lugar e da importância do poder executivo, quando confrontado com os outros poderes estatais. Em que pese a diligência da moderna teoria da separação de poderes em prestigiar o legislativo e em alçar o judiciário à posição de *poder* capaz de frear os outros *poderes*, o executivo acaba sempre por despontar, no seu horizonte, como o centro político por excelência, porque *gravitam ao seu redor a eficiência governamental e a estabilidade política, e, inversamente, a ineficiência governamental e a instabilidade política.*

Essa duplicidade é explicada por Sergio Fabbrini (2009, p. 253) a partir da hercúlea tarefa do líder que precisa fazer promessas de mudanças aos cidadãos e, simultaneamente, garantir, à frente do executivo, a segurança: ele "deve ter um pé na desordem da descontinuidade e outro na ordem da continuidade".

Sem se afastar do propósito da limitação do poder político, autores contemporâneos não deixaram de evidenciar os aspectos menos convencionais do poder executivo, quando considerado da perspectiva da separação e do equilíbrio entre os poderes. Ao examiná-lo, Jean Blondel (1985, p. 356) põe em relevo duas das suas características históricas que o distinguem vantajosamente em relação ao legislativo e judi-

ciário. Segundo o autor, o governo[109] – o executivo – possui o caráter de *centralidade*, situando-se "no coração mesmo da organização política", sendo, "manifestamente um elemento importante, e mesmo o mais importante da vida política" (BLONDEL, 1985, p. 355) Mesmo nas ocasiões em que o governo se encontre em dificuldades para exercer o pleno domínio sobre uma determinada situação, ele permanece como o "órgão essencial da vida política" (BLONDEL, 1985, p. 355).

Além da *centralidade*, mas seguramente em decorrência dela, a *universalidade* é outra característica distintiva do governo, cuja existência manifesta-se em todos os quadrantes do universo político, inclusive naqueles onde não se encontram assembleias ou partidos políticos, erigindo-se como "entidade reconhecida, visível", não raro com "aparência fisicamente definida" (BLONDEL, 1985, p. 355). Nos termos da *universalidade* referida pelo autor, o executivo tem *precedência histórica* em relação aos outros poderes.

A par dessas características, o governo possui, de acordo com Blondel (1985, 358), funções específicas que o definem e o diferenciam perante os outros poderes estatais:

– de concepção, que consiste basicamente em um "esforço de imaginação", focado na descoberta de soluções para os diversos problemas enfrentados pela sociedade, expressas na formulação de políticas agrárias, econômicas, industriais, educacionais, de transporte, de saúde, de combate à desigualdade etc.;

---

109. 2 O autor não desconhece o fato de os diversos governos existentes na história apresentarem profundas diferenças. Quanto à dificuldade de se oferecer um conceito referencial de governo, ele destaca a falta de nitidez no que se refere à sua extensão: "Se o governo é um conjunto de indivíduos (não é, com efeito, necessariamente uma 'equipe' no sentido forte do termo, pois esta palavra sugere um caráter coletivo que nem sempre têm), não se pode sempre determinar facilmente os limites deste conjunto". E termina por concluir que, "um exame, mesmo rápido, sugere que se a noção de governo tem talvez um núcleo 'duro' composto de líderes e de certos ministros ao menos, ela comporta uma zona mais vaga, uma pequena nebulosa..." (BLONDEL, 1985, p. 356).

– de execução, que exige o controle de uma administração, e o acesso a recursos financeiros, tecnológicos e de pessoal, para a concretização das políticas concebidas pelo governo;

– de coordenação, incumbida de harmonizar as diversas políticas governamentais, de forma a impedi-las de conflitar entre si, estipulando prioridades e estabelecendo o cronograma de suas realizações;

O autor identifica ainda uma quarta função – por ele considerada preliminar –, expressa por meio da atuação do líder. Diferentemente do que ocorre com as outras funções acima referidas, que em regra demandam a participação de um conjunto numericamente mais amplo dos integrantes do executivo, a atividade da liderança restringe-se ao círculo mais íntimo do governo, compreendendo aí o "chefe ou chefes de governo" (BLONDEL, 1985, P. 357):

– a função de impulsão, que, conexa à legitimidade, implica, em termos gerais, a capacidade de o líder motivar a população a abandonar impressões e juízos pessimistas, de modo a fazê-la pensar que as ações e políticas governamentais darão resultados positivos.

Josep Vallès (2004, p. 187) também procede a uma análise do poder executivo pouco ou nada condizente com um cenário de equilíbrio entre os poderes. O autor identifica no executivo "o núcleo histórico essencial da atividade política, na sua expressão mais elementar". Soma-se ao caráter da *centralidade*, o da *precedência*: "não é concebível uma organização política sem a existência de uma instituição executiva, conquanto tenham sido possíveis organizações políticas que não contavam com parlamentos e tribunais" (VALLÈS, 2004, p. 187). Pela

forte similitude, as características assinaladas por Josep Vallès coincidem com aquelas identificadas por Jean Blondel. Com efeito, a primazia histórica do executivo o torna *universal*, revelando sua imprescindibilidade política espaço-temporal.

Ao considerar a hegemonia do executivo, Josep Vallès (2004, p. 193) explica que o fenômeno não pode ser considerado como "fato excepcional ou singular", pois, "na história das formas políticas, os executivos – em suas diversas variantes – sempre ocuparam uma posição dominante".[110]

Cinco funções fundamentais concorrem para a superioridade do executivo, de acordo com Josep Vallès (2004, p. 192):

– a de assumir a iniciativa política principal e de tomar a frente na adoção de soluções políticas, no sentido de promover intervenções globais nos conflitos coletivos, aplicando e executando as medidas adotadas;

– a de exercer a direção, a coordenação e a supervisão do conjunto dos serviços e agências ligados à administração pública, incluindo a execução direta das medidas políticas assinaladas no item anterior;

– a de assumir a representação simbólica da continuidade da comunidade política, amiúde identificada mais com os órgãos do executivo – com a chefia de Estado, de governo –, do que com os titulares de órgãos colegiados – parlamentos, assembleias;

– a de gerir crises de qualquer tipo – econômicas, sociais, militares –, dificilmente assumidas por órgãos colegiados mais amplos, tomando decisões com respostas imediatas a fim de superar os desafios;

110. Segundo o autor, "uma relativa hegemonia parlamentar – que se situa entre meados do século XIX e o final da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) – não parece ter sido mais do que um parêntesis de duração relativamente curto em alguns países de tradição liberal na Europa ocidental e na América do Norte (Canadá e Estados Unidos)" (VALLÈS, 2004, P. 193).

– a de desempenhar certa liderança social, estabelecendo a agenda ou a seleção dos assuntos de interesse geral a serem submetidos à decisão política, e mobilizado o apoio popular a determinadas alternativas de ação política.

Diversamente do que poderia sugerir uma primeira impressão, as apreciações do poder executivo oferecidas por Jean Blondel e Josep Vallès não são incompatíveis com os traços mais profundos da moderna teoria da separação de poderes. De fato, e sem nenhuma pretensão de ineditismo, elas proporcionam uma perspectiva analítica realista, capaz de dar conta dos aspectos mais recônditos dos ideais políticos de Locke e Montesquieu.

3. UMA PERSPECTIVA AMPLIADA DO PODER EXECUTIVO

A solução baseada na submissão do poder executivo à lei, com a distribuição das várias funções estatais por órgãos distintos e especializados, conjugada com certo grau de flexibilidade de ação por parte do governante incumbido diretamente da administração, não chegou a afastar definitivamente os riscos de arbitrariedade e de ilegalidade, mormente manifestos em Estados de direito precários e fragilizados. Ao contrário, no decorrer do século XX, as demandas por eficiência e governabilidade convergiram para o fortalecimento desproporcional do poder executivo, confirmando e acentuando a sua natural tendência a ocupar, em todo o mundo politizado, e em detrimento do legislativo e do judiciário, o centro da cena política. Ocorridas naquele século, as duas Grandes Guerras Mundiais, a disseminação de regimes autoritários e totalitários, bem como a grave crise econômica irrompida pela queda bolsa de Nova York, em 1929, mostraram-se decisivas no

processo que resultou na corrosão da política liberal clássica, precipitando a formação de novo formato na acomodação dos poderes estatais que, apesar das diversas transformações políticas ocorridas nas últimas décadas, permanece referencial.

Esse fenômeno é o resultado da ocorrência de um plexo de fatores que parece estar em franco processo de intensificação, e que pode ser resumido, a partir do diagnóstico de Josep Vallès (2004, p. 192), em cinco pontos principais:

– o aumento da dimensão e complexidade das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado, o que as coloca cada vez mais fora do alcance dos órgãos colegiados;

– a urgência das demandas oriundas da sociedade, e a necessidade da tomada de decisões com rapidez e eficiência, o que se mostra incompatível com um processo decisório mais lento e complexo, típico dos legislativos contemporâneos;

– o controle, por parte do executivo, dos recursos de conhecimento e de tecnologia, e, não raro, do rápido acesso aos recursos financeiros disponíveis, bem como a experiência acumulada em administrações anteriores e o acesso exclusivo a um corpo de técnicos e funcionários altamente especializados;

– a estruturação e o funcionamento dos partidos políticos como organizações de apoio parlamentar aos governos e seus líderes;

– a personalização, muitas vezes extremada, da liderança política, motivada pelas exigências audiovisuais dos meios de comunicação.

Verifica-se a hipertrofia do poder executivo nos diversos tipos de Estados contemporâneos. No âmbito das experiências do *Estado social* emergente do colapso liberal, observa-se o incremento das atividades estatais, com a exigência de

maior celeridade e intensidade na atuação do executivo. Tendo alcançado significativo sucesso na Europa Ocidental, esse modelo estatal procurou promover, em resposta aos programas políticos de viés fascista e marxista (BONAVIDES, 1984, p 23), a conciliação entre as soluções para as crescentes demandas sociais, econômicas e políticas com os princípios liberais da separação de poderes e dos direitos fundamentais.

Diversamente, nos Estados periféricos, de tradição democrática ainda incipiente, as iniciativas para a adoção de medidas capazes de promover o desenvolvimento econômico e enfrentar os profundos desníveis sociais, com frequência provocaram o incremento desmesurado do poder executivo, cuja atuação não raro assumiu um indisfarçável matiz autoritário, em detrimento da separação de poderes e da democracia.[111]

Os Estados que abraçaram as ideologias socialistas e fascistas caracterizaram-se pelo mesmo fenômeno, mas com intensidade muito superior àquela verificada nos Estados sociais europeus. Ainda que naqueles regimes autoritários e totalitários tenha sido prática comum a promoção de partidos únicos ao patamar de instâncias soberanas de decisão, o fato é que, sob a vigência de tais regimes, ocorreu incontestável fortalecimento da atividade executiva, avessa a qualquer compromisso com os mecanismos de freios e contrapesos preconizados pela clássica teoria da separação dos poderes.

As duas últimas décadas do século XX parecem ter apregoado, no Brasil, o fim do período áureo do poder executivo. O arrefecimento dos conflitos ideológicos, como resultado do fim da Guerra Fria, e a onda de redemocratização que alcançou vários Estados na América Latina, fizeram repercutir no País a promessa de um resgate da autoridade dos poderes legislativo e judiciário.

111. Como observa Paulo Bonavides (1982, P. 25), "do ponto de vista político, o problema da instauração de um Estado social em sociedades subdesenvolvidas ou em vias de desenvolvimento constitui, todavia, um delicado problema de sobrevivência das instituições democráticas pelo caminho da livre participação do respeito aos direitos humanos fundamentais e da prática da liberdade". .

Os fatos, contudo, demonstram que, em termos de realidade política, o início do século XXI tem sido muito pouco favorável a uma relação mais equilibrada entre os três poderes. Ora, se tomarmos como referencial a América Latina, o poder executivo aí não só permaneceu hipertrofiado, como chegou a ganhar, em alguns Estados latino-americanos, uma energia e robustez singulares, por meio de novos arquétipos constitucionais e ideológicos no que concerne ao arranjo dos poderes e à repartição das competências estatais. [112]

E a despeito dos papéis mais destacados exercidos pelo Legislativo – exemplificado nos marcantes eventos dos impeachments dos Presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff –, e pelo Judiciário – ilustrado pela expressão de alguma força institucional e política materializada no fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da política –, o Executivo brasileiro tem procurado recompor sua velha hegemonia, envidando publicamente esforços e recursos, para, por exemplo, impedir a ação fiscalizadora das comissões parlamentares de inquérito e do Tribunal de Contas da União.

Ora, constata-se que o fenômeno do fortalecimento do executivo não se restringe a um conjunto de Estados assemelhados pela ideologia ou irmanados por uma cultura política, mas, ao contrário, se manifesta ao longo de todo o espectro político – dos extremos da esquerda e da direita, passando pela social-democracia. Conforme observa Nelson Saldanha (1987, p. 104 e 111), trata-se de um “fenômeno genérico, visível por cima da diferença dos regimes”, e que pode ser considerado como “o acintoso predomínio do Executivo nos Estados de hoje”.

O reconhecimento da importância da ampliação do poder executivo como fenômeno regular nas sociedades hodiernas

---

112. Neste sentido, as novas Constituições da Venezuela, de 1999, do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, representam os casos mais expressivos.

é referido por Sergio Fabbrini, que investiga o fenômeno em alguns Estados de democracias consolidadas.

Fabbrini se volta para as sociedades democráticas avançadas, focando os casos dos Estados Unidos e de alguns países europeus. Para o autor, cuja obra traz, no original italiano, o sugestivo título *Il Principe democratico*, "o poder executivo tornou-se, de uma maneira inequívoca, o poder central nas democracias modernas" (FABBRINI, 2009, P. 231), possuindo, junto com seus líderes, uma "preeminência decisiva (...) em detrimento dos legislativos e das oposições" (FABBRINI, 2009, p. 231). Segundo Fabbrini (2009, p. 233), na sua evolução, "as democracias modernas acabaram transferindo para o executivo expectativas imensas, talvez exageradas", o que certamente o estimulou esse poder a agir maior ímpeto. Tendo-se "tornado necessário para afrontar uma multiplicidade de problemas" (FABBRINI, 2009, p. 233) – e cada vez mais indispensável na qualidade de depositário das expectativas dos cidadãos –, aquele que detém o poder executivo "pode carecer de escrúpulos e abusar dele [do poder] em nome da necessidade" (FABBRINI, 2009, p. 233).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem embargo da sua força política avassaladora nas sociedades hodiernas, a ampliação do papel e das funções do poder executivo não implica, *per se*, o *nonsense* da clássica teoria da separação de poderes. Ao contrário, o seu diagnóstico pode servir de inspiração para que se proceda a uma perspectiva investigação do controle do poder político voltada para aplacar, no interior dos diversos sistemas de governo, o vigor do *príncipe* contemporâneo.

Decerto, não se pode esperar de uma teoria da separação de poderes solução política equivalente à resposta ao proble-

ma da quadratura do círculo, pois a tendência natural do poder executivo para dominar a cena política tem se mostrado insuperável ao longo da história. Mas o reconhecimento dessa natureza não deve implicar a resignação perante os desvios políticos em relação ao direito. Como afirma Fabbrini, (2009, p. 234) "impedir a ascensão do Príncipe representa uma falta de sentido da realidade". É preciso, portanto, saber lidar com o executivo, e neste sentido, "controlar a sua ascensão é uma tarefa imprescindível" (FABBRINI, 2009, p. 234).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLONDEL, Jean. Gouvernements et exécutifs parlements et législatifs. *In* GRAWITZ, Madeleine e LECA, Jean (dirs.), *Traité de Science Politique*: Les régimes politiques contemporains. Vol. 2. Paris: Puf, 1985.

BONAVIDES, Paulo. Formas de Estado e forma de governo. *In* BOBBIO, Norberto *et al.*, *Curso de introdução à Ciência Política*, unidade III. 2.ed. Brasília: UNB, 1984.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Reflexões sobre a hipertrofia do poder executivo. *In* SILVEIRA, Carlos; SALLES, Sergio; ROSA, Waleska. Ensaios sobre justiça, processo e direitos Humanos II. Petrópolis: UCP, 2009.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político*: o declínio do Estado-nação monárquico. Tomo 2. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1983.

COLLIARD, Jean-Claude. Séparation des pouvoirs. *In* DUHAMEL, Olivier e MENY, Yves (dirs.), *Dictionnaire Constitutionnel.* Paris: PUF, 1992.

FABBRINI, Sergio. *El ascenso del Príncipe democrático*: quién gobierna y cómo se gobiernan las democracias. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo.* 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MONTESQUIEU, *Do espírito das leis.* 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*, São Paulo: Saraiva 1987.

SIMOKAWA, Kiyoshi. Locke's concept of justice. *In* ANSTEY, Peter, *The Philosophy of John Locke:* new perspectives. New York: Routledge, 2006.

VALLÈS, Josep M. *Ciencia Política*: una introducción. 4.ed. Barcelona: Ariel, 2004.

RELAÇÕES ENTRE O ESTADO E A SOCIEDADE CIVIL: A POSIÇÃO DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS DO TERCEIRO SETOR ANTE O CONTRATO DE GESTÃO

Marcos Claro da Silva
Lincoln Rafael Horácio
Renata Bolzan Jauris

INTRODUÇÃO

As entidades do terceiro setor foram recentemente integradas ao ordenamento jurídico brasileiro, objeto da reforma administrativa engendrada nos idos do ano de 1998, com lastro na ideia anglo-saxã de administração por colaboração entre o Estado e entidades que pertencem à sociedade civil.

O instituto das entidades do terceiro setor, e todos os aspectos que o circundam, trazem, ainda nos dias atuais, grandes debates na doutrina que cuida do Direito Público, não havendo ideias uníssonas quanto à sua classificação, a estrutura que integram, e bem como ao regime jurídico que se aplicam às relações que são empreendidas por essas organizações.

A grande controvérsia gira em torno da definição a respeito do regime jurídico que é aplicado a essas organizações que

trabalham em conjunto com o Estado para a prestação de serviço público, se são de regime privado ou de regime público.

Partindo da ideia das noções gerais sobre o terceiro setor, a respeito também do contrato de gestão que é celebrado entre essas organizações e o Estado, da dispensabilidade de licitação, e do paradigma que envolve a sua integração ou não à estrutura administrativa é que se chegará às conclusões pretendidas sobre quais regras e princípios são aplicáveis as relações entre terceiro setor-usuários.

Cuida-se de estratificar todos os aspectos que envolvem o terceiro setor, apresentado noções críticas sobre as inovações trazidas pelo instituto, examinando as questões controvertidas a respeito do tema. Por isso, parte-se de noções gerais para as conclusões específicas pretendidas, utilizando para tanto o método hipotético-dedutivo.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O TERCEIRO SETOR

A pesquisa cuida de examinar, ao final do que se pretende, a posição dos usuários do terceiro setor, dentro da ótica do regime jurídico aplicável à essas relações, dada a linha tênue que não permite definir com clareza as normas que incidem sobre essa realidade. De maneira preliminar, buscar-se-á definir noções gerais sobre o terceiro setor, dentro do ordenamento jurídico vigente.

Há pouco tempo atrás, a ordem sociopolítica estabelecia apenas dois setores, o público e o privado, compreendidos como muito diferentes um do outro. De um lado o Estado, e de outro o Mercado, a iniciativa particular e os indivíduos. Ao lado desses dois, começa a se firmar um terceiro setor, no qual se situam organizações privadas com adjetivos públicos (BAZOLI, 2009, p. 45).

No afã de acompanhar essa tendência, fora incorporada à ordem jurídica vigente, a lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que estabeleceu a qualificação de entidades como organizações sociais, além de definir regras sobre o implemento dessa forma de execução da função administrativa.

O artigo 1º, da lei referida, estabelece requisitos gerais para que entidades privadas sejam consideradas como organizações sociais, nos seguintes termos:

> O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Recentemente, a lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, renovou a disciplina legal que trata do terceiro setor, introduzindo novas regras a esse camada da Administração Pública, tendo em conta o crescimento desta forma de desempenho da atividade administrativa na sociedade brasileira, o que fez com que a necessidade de edição da referida lei ganhasse corpo.

Estabelece o diploma legal acima mencionado, em seu artigo 2º, inciso I, quais as pessoas jurídicas que podem ser consideradas como uma "organização da sociedade civil", e assim elenca a "entidade privada sem fins lucrativos", as "sociedades cooperativas" e também as "organizações religiosas", como pessoas jurídicas de direito privada aptas a se submeterem ao contrato de gestão. Deve ser lido então, de maneira conjunta, as duas leis mencionadas, para que se chegue ao designativo do que é um ente privado da sociedade civil.

Essas entidades podem integrar o *terceiro setor*, e, mesmo se constituindo como pessoas jurídicas de direito privado, podem exercer a atividade administrativa. Essa expressão – terceiro setor –, segundo Marçal Justen Filho (2011, p. 295), é utilizada para diferenciar a atividade exercida pela Estado propriamente dito (primeiro setor) e também das funções sociais exercidas pela iniciativa privada, que é voltada à exploração econômica (segundo setor).

Para prosseguir com as noções gerais sobre o terceiro setor, é preciso identificar o que é função administrativa, apenas a título descritivo, para que os conceitos mencionados neste trabalho não fiquem vagando sem definição alguma. Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 35-36), define a função administrativa, adotando um critério formal, como aquela função exercida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, dentro de uma estrutura e regime hierárquicos, por ser desempenhada mediante comportamento infralegal, ou excepcionalmente, infraconstitucional.

Assim, a atividade das entidades do terceiro setor envolvem a participação direta da sociedade civil dentro do organograma administrativista, fazendo com que a administração pública possa ser exercida por entes privados, quando preenchidos os requisitos legais, tornando, desta forma, mais democrática a função administrativa.

Aparece como fundamento e fim da reforma administrativa que incorporou no Direito brasileiro o terceiro setor, o fortalecimento da democracia, através da participação da sociedade, nesse caso específico, na gestão da coisa pública. Debruçando-se sobre o tema, James S. Fishkin (2015, p. 86), apresenta, sem olvidar sobre outras teorias, quatro correntes de raciocínio que procuram adequar e formatar a noção de democracia na contemporaneidade, são elas: *democracia*

competitiva, deliberação das elites, democracia participativa e, por fim, a *democracia deliberativa*.

Esses raciocínios envolvem questões ligadas ao nível de representatividade da população na tomada de decisões, e têm relação com a soberania social, tratando da deliberação direta e indireta que envolvem a vida dos homens em um dado território, e mostram, de maneira geral, visões diferentes sobre a democracia (FISHKIN, 2015, p.86).

Nenhuma dessas noções nos interessa aqui, nestes apontamentos introdutórios à problemática proposta. Surge também, ao lado dessas teorias – e que fundamenta as conclusões sobre a hipótese norteadora -, uma noção que não pretende realçar qual a melhor forma de exercer a democracia, mas sim, uma maneira de torná-la mais efetiva e próxima do povo: *A democracia local*. Construindo essa concepção, Timothy S. Sisk (2015, p. 23), apresenta a ideia de que o conceito de autogoverno e de administração mais próxima do povo estão no centro para qualquer significação sobre o que ele chama de governança democrática local.

O principal ponto da *democracia local*, é garantir que os habitantes de uma determinada área tenham o direito e a responsabilidade de tomar decisões sobre os assuntos que os afetam mais diretamente e sobre os quais possam decidir. Ela, a democracia local, pode ser entendida de duas formas: nas instituições de governo local, bem como nas organizações e atividades da sociedade civil (SISK, 2015, p. 24).

É com esse argumento, de que a participação da sociedade civil na administração pública favorece o diálogo democrático, é que Timothy S. Sisk (2015, p. 36), apresenta as parcerias estratégicas, como tendência moderna à governança democrática local. Argumenta, nesse sentido, que as autoridades públicas, em certos casos, são ineficientes ou incapazes de fornecer certos serviços de maneira adequada.

Nessas prestações de serviço tem havido uma tendência marcante à privatização, e a parceria entre o Estado e a *sociedade civil*, através de entidades de Direito Privado, oferece uma vantagem comparativa na implementação de políticas públicas ou na gestão de problemas, pois estão mais próximos do povo que será atendido (SISK, 2015, p. 36).

A sociedade civil trabalha junto com o Estado, visando a consecução do bem público, dando maior operacionalidade à atividade administrativa, ao se valer dos benefícios que a atividade privada pode oferecer.

Não se delega, contudo, o exercício da atividade pública, que sem o ato administrativo adequado não pode ser outorgada ao particular. O que se deseja, com a celebração dos contratos de gestão, é o exercício da atividade administrativa, mas com o apoio do Estado, diferenciando-se dos institutos de Direito Administrativo que outorgam o exercício desta atividade – a pública – às pessoas privadas (ARAGÃO, 2008, 744).

Baseando-se nessa perspectiva, de que a função administrativa pode ser exercida de forma conjugada entre particulares e Administração pública, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, 301), aponta que o interesse público é próprio do Estado, mas não uma exclusividade sua, pois que, a ordem jurídica não elide uma atuação concorrente, seja individual ou coletiva, o que se caracteriza como administração associada ou de colaboração.

Existem, dentro do conceito de administração associada, trazido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, duas espécies, a saber, a *Administração associada paraestatal*, que se caracterizada pelo vínculo legal existente entre entidades privadas e o Estado, e se refere ao sistema S; a outra espécie, é denominada por ele *Administração privada extraestatal*, que se caracteriza por vínculos, os quais definem a sua natureza, é nessa que se

enquadra as pessoas privadas que celebram com o Estado os contratos de gestão (MOREIRA NETO, 2009, p. 302).

Abordados que foram as leis que tratam do terceiro setor no Direito positivado brasileiro, seus fundamentos sociais, e a sua classificação dentro da descentralização administrativa, é necessário alinhavar sobre o contrato de gestão, como o vínculo que se estabelecido entre as entidades privadas já mencionadas e o Estado.

2. O CONTRATO DE GESTÃO

A caracterização do contrato de gestão, com todos os aspectos que o envolvem, fundamenta a hipótese deste trabalho, na medida em que aprofundando o tratamento do vínculo que envolve as entidades privadas mencionadas pela 13.019/2014 e o Estado, será possível definir melhor a posição dos usuários dos serviços prestados pelo terceiro setor.

Esse contrato, denominado como de gestão, foi previsto no ordenamento brasileiro pela primeira vez com a edição da lei nº 9.637/98, que no seu artigo 5º, o define como o instrumento que efetiva essas relações. Para prosseguir à definição, importa estabelecer uma distinção muito importante, porquanto essa nomenclatura é utilizada, dentro da literatura administrativista, para denominar dois institutos muito distintos.

A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 227), alerta que os contratos de gestão não designam uma nomenclatura que representa uma única realidade, e, muito pelo contrário, a expressão é utilizada para rotular dois institutos absolutamente distintos.

Os contratos de gestão, podem se referir aos pretensos contratos celebrados com sujeitos (pessoas jurídicas), integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado, não havendo definição legal alguma sobre seu conceito e con-

teúdo. De outro lado, existem os contratos de gestão mencionados na lei nº 9.637/98, celebrados entre o Estado e as entidades privadas da sociedade civil (MELLO, 2011, p. 230).

Assim, os contratos de gestão com as organizações sociais, são distintos daquele celebrados entre entes da administração pública exclusivamente, porque neles não entra em pauta qualquer ampliação de competência, como ocorre nestes últimos. São, pois, em princípio, “contratos administrativos”, figura jurídica perfeitamente conhecida, havendo um relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e o sujeito encartado no universo privado (MELLO, 2011, p. 240).

Eles podem ser definidos, dentro dessa ótica, como o instrumento pelo qual se estabelece o vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública, fixando-se as metas a serem cumpridas, a forma pelo qual o Poder Público fomenta a entidade, cedendo bens, transferindo recursos ou também cedendo servidores (DI PIETRO, 2015, p. 620).

É importante delinear também, quanto ao contrato de gestão, que ele fixa as diretrizes a serem seguidas na relação entabulada entre a as organizações sociais, e o modo como elas irão absorver as atividades que são desenvolvidas por órgãos estatais, por conta disso é que se conclui que ele se parece muito à concessão administrativa (DI PIETRO, 2015, p. 621).

Dessa forma, o contrato de gestão configura o liame jurídico existente entre a organização social que irá prestar o serviço público, impondo as regras que serão observadas, direitos e obrigações, a forma pela qual a fiscalização será exercida pela Administração, além de estabelecer a forma como o a atividade a ser exercida será subvencionada pelos cofres públicos.

Em verdade, salienta Hely Lopes Meirelles (2009, p. 273), que o contrato de gestão não é propriamente um contrato, pois não existem interesses contraditórios. Esses acertos, diz ele, se

assemelham mais a um acordo operacional, de direito público, e está previsto para concretizar a parceria entre a Administração e as organizações sociais na prestação de serviços.

Sobre a definição de que o contrato de gestão não é, na realidade, um contrato, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2010, p. 315), observa que a denominação usada é tecnicamente inadequada, já que a relação estabelecida entre o Estado e a organização social não pode ser enquadrada como contratual, porque não são pactuadas prestações recíprocas, voltadas à satisfação de cada uma delas em separado, mas sim o estabelecimento de um regime de colaboração, destinado à satisfação de um interesse público de que comungam.

Essa consequência, de que os chamados contratos de gestão não são verdadeiramente contratos, é assinalada também por Alexandre Santos de Aragão (2008, p 748), pois esses acertos visam a realização de atividades de interesse comum, não existindo comutatividade, exceto se for desvirtuado, o que leva a desnecessidade de licitação para que seja celebrado entre o Estado e a organização da sociedade civil.

Essa, aliás, é a previsão contida no artigo 26, inciso XXIV, da lei de licitações, o qual estatui expressamente que a dispensabilidade do procedimento licitatório para a celebração de contratos de gestão com organizações da sociedade civil.

Isso não significa que o Estado possa livremente celebrar contratos de gestão com qualquer organização da sociedade civil, já que existem outros critérios que balizam essa escolha, havendo a necessidade de que seja efetuado um procedimento objetivo de escolha, impessoal, o que preserva os princípios da moralidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, que devem nortear toda a atividade do Estado (ARAGÃO, 2008, p. 748).

A questão referente à dispensabilidade da licitação, para a celebração dos contratos de gestão entre as organizações sociais e o Estado é alvo de diversas críticas pela literatura especializada. Nesse sentido, se aponta a ideia de que para que alguém se qualifique a receber bens públicos, móveis ou imóveis é necessário habilitação técnica e financeira, o que não se verifica na celebração dos contratos aqui mencionados (MELLO, 2011, p. 243).

Esse ponto, referente à desnecessidade de licitação à celebração dos contratos de gestão será abordado no tópico seguinte, que se refere ao regime jurídico aplicável ao terceiro setor, porquanto a necessidade de procedimento licitatório influi diretamente na problemática aqui enfrentada, tanto na relação Estado-organização social, quanto na relação organização social-terceiros.

Tratando do contrato de gestão, e de sua natureza jurídica, Marçal Justen Filho (2011, p. 298) assenta que é difícil definir a natureza jurídica de um contrato de gestão, reconhecendo que se poderia defini-lo como figura simular ao convênio.

Isso porque, como já se mencionou, não existem interesses contrapostos nos contratos de gestão, daí porque lhe falta requisito essencial existente nos contratos em geral, nos quais sempre existem interesses distintos das partes que o compõe.

Não se trata, por isso, de submeter o interesse próprio a um sacrifício, mas sim de contratos associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos num contexto no qual pretendem alcançar um benefício comum (JUSTEN FILHO, 2011, p. 299).

O contrato de gestão deve conter, segundo dispõe o artigo 7º, incisos I, II, a especificação do programa de trabalho proposto, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos, bem como a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação. Conterá, ainda, a estipulação das vantagens recebidas pelos seus dirigentes, e pelos empregados da

organização social. Os acertos devem ainda ser aprovados pelos Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação das organizações sociais que pretendam celebrá-los.

Repassados, nestes breves comentários, os aspectos gerais que envolvem os contratos de gestão, passa-se ao debate sobre qual o regime jurídico aplicável ao terceiro setor, como forma de sustentar a hipótese que será ao final levantada, encarando as problemáticas e o dissenso doutrinário a esse respeito, além de mencionar também as críticas engendradas contra a reforma administrativista que inseriu essa figura no ordenamento jurídico brasileiro.

3. REGIME JURÍDICO DO TERCEIRO SETOR

As entidades sociais que operam no terceiro setor, possuindo características de Direito Privado em sua constituição, mas que lidam com a coisa pública, colocam em xeque a sua inclusão ou não dentro do aparelho estatal. Essa constatação, norteia a questão que se tentará responder ao final deste tópico: quais normas devem incidir, precipuamente, ao terceiro setor?

Em relação à natureza do vínculo que se estabelece entre Poder Público e entidades privadas hoje não mais está mais presente a dúvida sobre a qual Osvaldo Aranha Bandeira de Mello voltou seus estudos em 1969. O autor indagava quanto a existência do contrato de direito público entre Administração Pública e administrados, já que o objeto do contrato, uma vez que obras e serviços públicos estariam fora do comércio, além de que a celebração do contrato exige autonomia da vontade e vincula as partes com referências às suas cláusulas, sendo impossível o serviço público e os bens públicos ficarem presos a um regime, ainda que por prazo determinado (MELLO, 2007, p. 670-671).

As objeções, de acordo com Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 671) foram respondidas pelos alemães e italianos partidários da tese contratualista. Justificaram estes que a Administração Pública desce de sua posição proeminente e acorda com os administrados pacificamente sobre determinado objeto, vinculando-se através de direitos e obrigações assumidas, o que faz surgir a figura do contrato. Além disso, justamente pela situação das partes na ordem jurídica e por o objeto do acordo versar sobre matéria estranha às relações privadas voltando para estipulações que dizem respeito ao interesse público, é que o acordo de vontades entre a Administração Pública e administrado deve ser considerado contrato de direito público. Quanto a argumentação de que se tratariam de bens fora do comércio, ressalta-se que os bens fora do comércio não podem ser objeto de contrato regido pelo direito privado. Está é a razão se de considerar esses contratos como de direito públicos.

De acordo com Julia Maria Gracia de Castro (2016, p. 1016) não existe uma forma de constituição jurídica rígida a ser previamente apontada para todas as entidades sem fins lucrativos. No entanto, essas devem sempre observar a forma jurídica mais adequada para sua constituição (associação, fundação), e se tal forma atenderá aos seus fins sociais. Essa averiguação prévia é mais fácil de ser realizada em organizações a serem constituídas, mas não perde importância durante a vida da entidade, já que a atribuição correta da forma jurídica pode evitar futuras situações de irregularidade.

A ideia do terceiro setor, e de organizações sociais atuando junto ao aparelho estatal, segundo noticia Maria Sylvia Zanella di Pietro (2015, p. 620), foi concebido nas *quase-autonomous governamental organizativos – quangos* do direito inglês e também utilizadas em outros países, e essa talvez a dificuldade de lidar com o instituto no Brasil, cujo sistema é de base romanística.

Parte da doutrina, de modo geral, critica a concepção de organizações privadas exercendo atividades públicas, e apontam que esse tipo de modelo pode gerar insegurança às relações estatais, além de prejudicar a operação administrativa dentro do princípio da legalidade. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2015, p. 620), aponta que, pelo menos na aparência, a organização social vai exercer atividade de natureza privada incentivada pelo Poder Público, mas que o objetivo, segundo supõe, parece ser o de privatizar a forma de gestão dos serviços públicos.

Existe, na lei que instituiu as organizações sociais como entidades operadoras do terceiro setor, um conteúdo imoral, pois surgem riscos ao patrimônio público e aos cidadãos, porque o legislador tem, nesse contexto, a vontade de instituir um mecanismo de fuga do regime jurídico de Direito Público, a que se submete a Administração Pública, mascarando uma situação que estaria sujeita a princípios diversos do que aqueles que são aplicáveis (di PIETRO, 2015, p. 622).

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 244), destaca que a regra no regime jurídico de Direito Público é a de que o pretendente é obrigado a demonstrações minuciosas de sua aptidão para contratar com a Administração, e, de maneira inversa a essa regra, com relação às organizações sociais e a celebração do contrato de gestão, não se exige qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, verbas públicas, ou servidores custeados pelo Estado, tratando-se, desta forma, de uma outorga discricionária e inconcebível, por ser ampla demais, permitindo favorecimentos de toda a espécie.

De fato, há quem defenda a necessidade de que se proceda a licitações para contratação com as entidades privadas que pretendam passar ao terceiro setor, o que dificulta a definição do

seu vínculo com a Administração Pública, se obedece ao regime jurídico de Direito Público ou ao regime de Direito Privado.

A partir de todas as informações coletadas, a respeito das organizações sociais, permite que se conclua que as entidades sociais devem sim obedecer a um regime jurídico de Direito Público. A questão de se estabelecer a necessidade ou não de licitação é indiferente à resolução desta problemática preliminar levantada, já que as entidades privadas, nestes casos, lidam com recursos e material humano que são públicos, e somente por este motivo é que devem levar em conta o regime jurídico de Direito Público nas suas relações com o Estado.

Mas isso, em relação ao contrato de gestão que é celebrado entre a Administração e as organizações sociais, quanto às relações que estas últimas entabulam com terceiros, será necessário tecer comentários sobre as finalidades do terceiro setor, para então concluir se a relação existente entre terceiro setor-terceiros se amolda mais ao regime jurídico de Direito Público ou ao regime jurídico de Direito Privado.

4. A POSIÇÃO DOS USUÁRIOS DO TERCEIRO SETOR

Neste momento é que se chega, forte no que foi expendido anteriormente, ao problema central que ora se propõe à análise, consistente em delimitar o regime jurídico a ser seguido quando terceiros encartam relações jurídicas com organizações privadas que integram o terceiro setor.

Aqui, no título do tópico, referiu-se à expressão “usuários”, a qual deve ser entendida, no contexto que é apresentado e também para fins didáticos, como aqueles que se valem das funções administrativas que são praticadas pelas organizações sociais, assim como em relação àqueles que contratam a prestação de serviços ou o fornecimento de produtos à essas entidades.

A conclusão final, sobre o regime jurídico aplicável às organizações sociais no trato com terceiros, vai girar sob dois aspectos a serem analisados: um primeiro momento será analisada a responsabilidade civil, tanto a contratual como a extracontratual, das entidades do terceiro setor, para depois se analisar a forma a ser obedecida para que elas contratem utilizando os recursos públicos de que dispõem para o exercício de suas funções, notadamente sobre a necessidade de licitação para tanto.

É desses dois pontos que surgirá a conclusão final a respeito da problemática levantada e que se será alcançada a hipótese norteadora dessa pesquisa, os quais permitirão traçar critérios que identifiquem o regime jurídico adequado às relações jurídicas ora analisadas.

Antes de passar a essa análise, é necessário tecer algumas considerações sobre as finalidades do terceiro setor, que poderão ser úteis às conclusões do trabalho. O terceiro setor foi inserido no campo administrativo brasileiro por conta da reforma proposta à Administração Pública, operada nos anos de 1995-1998 (DI PIETRO, 2015, p. 622-623).

De tudo que foi coletado, e exposto no primeiro tópico, a intenção foi conceber um modelo de administração mais gerencial e calcado numa maior maleabilidade do setor público, impondo algumas restrições ao regime jurídico de Direito Público que, conforme sustentam algumas vozes na literatura, torna o Estado engessado e afeito à práticas burocráticas.

Esse é um aspecto que reforça a ideia de que o regime aplicável às relações das organizações sociais com terceiros é de Direito Privado, pois considerá-las simetricamente iguais aos entes da Administração Pública engessaria, da mesma forma, o exercício da função pública, desvirtuando as finalidades que deram norte à criação dos institutos analisados.

Discute-se, por isso, se essas organizações sociais integram a estrutura do Estado, no conceito de Administração descentralizada, entendendo-se geralmente que, por conta de apenas desenvolverem suas atividades no âmbito privado. Não é suficiente que desenvolvam seus serviços em parceria com o Estado, eventualmente até com recursos públicos para que sejam inclusas nesse conceito de Administração (ARAGÃO, 2008, p. 743).

O acordo que é celebrado entre as organizações sociais e o Estado não é suficiente para que elas se considerem integradas à estrutura administrativa, pois é denunciável unilateralmente pelas partes, não exercendo a Administração o controle sobre a estrutura das pessoas jurídicas de Direito Privado com as quais atua em conjunto (ARAGÃO, 2008, p. 743).

Nesse contexto, para que o entende de colaboração ser considerado integrante da Administração centralizada é necessário que, além de atuar em conjunto com o Estado, esteja também submetido a um controle finalístico de suas atividades (ARAGÃO, 2008, p. 743).

Dessa forma, a celebração do contrato de gestão não é suficiente para caracterizar as organizações da sociedade civil como integrantes da estrutura administrativa, pois é necessário, segundo se apontou, que o Estado exerça um controle sobre toda a sua estrutura o que, de fato, não acontece.

CONCLUSÃO

A análise sobre o tema ora apresentado, dentro do contexto problemático a que se cuidou de sugerir uma hipótese, evidenciou diversas demonstrações a respeito de todas as informações e argumentos coletados.

Num primeiro momento, foram abordadas questões gerais relativas ao terceiro setor, expondo as leis positivadas que cuidam do assunto, fixando a ideia de que suas atividades são

executados por um particular, entretanto, calcado no apoio público, executam serviços públicos ou funções administrativas. Daí porque não integram a estrutura do primeiro setor, tão menos o segundo setor, sendo necessário uma nova classificação para enquadrar o meio que essas atividades são empreendidas.

Após, traçou-se as principais características do contrato de gestão, delimitando seu conceito, sua estrutura e quais as suas cláusulas obrigatórias. Nesse sentido, concluiu-se que o contrato de gestão não pode ser enquadrado como um contrato, pois não existem interesses contrapostos a serem defendidos pelas partes, já que Estado e organizações sociais trabalham em conjunto para alcançar o bem público.

Em seguida, analisou-se o regime jurídico aplicável às organizações sociais que integram o terceiro setor, passando pela análise da estrutura administrativa denominada centralizada. Partiu-se das críticas apontadas pela doutrina, referidas à reforma administrativa empreendida em 1998, notadamente à dispensa de licitação para celebração dos contratos de gestão, para que se chegasse à conclusão de que o regime jurídico aplicável é o direito público, mesmo com a dispensabilidade apontada, pois princípios gerais desse regime devem ser aplicados às relações entre Estado-organizações sociais.

Ao final, partindo também do paradigma relacionado à integração das entidades do terceiro setor à estrutura da Administração centralizada, foi demonstrado que o regime jurídico aplicado às relações terceiro setor-usuários é de direito privado, para que continuem prestigiados os fins da reforma administrativa que implementou o terceiro setor.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAZOLI, Thiago Nunes. **Terceiro setor: Parcerias com o Estado à Luz do Desenvolvimento Sustentável.** Londrina: Saúde em Destaque, 2009.

Castro, Julia Maria Gracia de. **Apontamentos sobre a adoção das boas práticas de governança nas organizações do Terceiro Setor. Importância da adoção de um programa de compliance efetivo, à luz da Lei n. 12.846/2015.** REVISTA QUAESTIO IURIS - VOL. 9, N°02 - ARTIGOS/ARTICLES. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISHKIN. J.S. **Quando o povo fala.** Curitiba: Atuação, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 7. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito público.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SISK. Timoth, et.al. **Democracia em nível local.** Curitiba: Atuação, 2015

DA NÃO-CUMULATIVIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Marcus Guimarães Petean
Joffre Petean Neto

INTRODUÇÃO

O legislador ordinário criou a Lei n. 10.833/2003 para regulamentar a não-cumulatividade da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Entretanto, a instituição da COFINS não-cumulativos trouxe uma nova realidade para o direito brasileiro: a sistemática de tributação via créditos e débitos aplicada a tributos que gravam a receita das empresas – e não operações específicas, como venda de mercadorias ou prestações de serviços[113].

O intuito foi atingir-se a não-cumulatividade das contribuições através do desconto de créditos sobre gastos específicos da pessoa jurídica, compreendidos por bens e serviços, e também "insumos" utilizados na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda..

113. GOLDCHMIDT, Guilherme. PIS e COFINS: a ampliação do conceito de insumos frente ao regime não cumulativo das contribuições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 23.

Entrementes, desde a edição da Lei n. 10.833/2003, o conceito do vocábulo “insumos” para fins dessas contribuições não foi corretamente definido pela legislação tributária.

A relevância dessa problemática é refletida, diretamente, na determinação do direito aos créditos de PIS e COFINS, especialmente porque quanto maior a amplitude significativa conferida ao vocábulo “insumos”, maior será o alcance da não-cumulatividade.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A COFINS

A Constituição Federal trouxe, em seu artigo 149, a competência para a instituição das contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social, nos seguintes termos:

> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Em complemento ao artigo 149 da Constituição Federal, o constituinte estabeleceu, no artigo 195, os responsáveis pelo financiamento da seguridade social, nos seguintes termos:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
>
> a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
>
> b) a receita ou o faturamento;
>
> c) o lucro;
>
> II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
>
> III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
>
> IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Pois bem. Na esteira dos supracitados comandos constitucionais (arts. 149 e 195), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) foi instituída pela Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991, destinada exclusivamente às despesas com atividades-fins das área da saúde, previdência e assistência social, substituindo a antiga contribuição para o FINSOCIAL[114].

Passados alguns anos, a Lei n. 9.718/98 alterou a regra-matriz de incidência do PIS e da COFINS, antes incidentes sobre o faturamento, entendido como o resultado das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, passaram a ter como base de cálculo a receita bruta, ou seja, todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica[115].

114. GOLDCHMIDT, Guilherme. PIS e COFINS: a ampliação do conceito de insumos frente ao regime não cumulativo das contribuições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 31.

115. CARVALHO, Paulo de Barros. O conceito de "Insumo"para fins de aproveitamen-

Em razão dessa incidência das contribuições da Cofins sobre o total das receitas auferidas, notou-se aumento do ônus econômico para as cadeias industriais, comerciais e de serviços que passaram a pleitear a implantação da sistemática não-cumulativa.

Foi então que o legislador criou a Lei n. 10.833/2003, na esteira da autorização trazida pela EC n. 42/03, instituindo a forma de cobrança não-cumulativa da COFINS, mediante a aplicação de alíquotas maiores com a possibilidade de serem abatidos créditos das contribuições[116].

Em 19 de dezembro de 2003, para conferir constitucionalidade à não-cumulatividade das contribuições para o PIS e COFINS, o constituinte derivado editou a Emenda Constitucional n. 42, acrescentando o parágrafoo 12 ao artigo 195, nos seguintes termos: "A lei definirá os setores de atividades econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, "b", e IV do capuz, serão não cumulativas".

Até então, a não comutatividade das referidas contribuições, que havia sido instituída por liberalidade do legislador ordinário[117], notadamente porque só havia disposição expressa para a não-cumulatividade para o IPI e ICMS.[118]

Feitas estas considerações preliminares, parte-se, doravante, para a analise das formas de apuração da COFINS.

Atualmente, são duas as formas de apuração das contribuições da COFINS[119]:

---

to de créditos de não cumulatividade da contribuição ao PIS e a Cofins. Aspectos Polêmicos de PIS-Cofins. São Paulo: Lex Editora. p 36.

116. PEIXOTO, Marcelo Magalhaes. JUNIOR, Gilberto de Castro Moreira, Pis e Cofins a luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: volume 2. São Paulo: MP Editora, p. 77

117. DOMINGO, Luiz Roberto. Pis e Cofins à Luz da Jurisprudência do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: São Paulo: Editora ME, 2011. p. 430/431.

118. MARTINS, Ives Gandra. Aspectos Polêmicos de PIS-Cofins. São Paulo: Lex Editora. p. 18.

119. MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. São Paulo: Noeses, 2012.

I) regime cumulativo, trazido pela Lei n. 9.718/98 com incidência sobre o faturamento mensal e alíquota de 3% (COFINS);

II) regime não-cumulativo que tributa a COFINS, pela Lei n. 10.833/03, incidindo sobre a receita bruta mensal, com alíquota de 7,6% e direito ao desconto de créditos sobre as despesas do mês.

2. DA NÃO-CUMULATIVIDADE

A Constituição Federal de 1988 estabelece a não-cumulatividade ao ICMS (art. 155, II, parágrafo 2º, I, da CF), ao IPI (art. 153,II, da CF), aos impostos residuais (art. 154, I, da CF) e às contribuições residuais (art. 195, parágrafo 4º, da CF), e impõe, atualmente, a aplicação dessa forma de tributação à Cofins relativamente aos setores de atividade econômica que o legislador infraconstitucional indicar (art. 195, parágrafo 12, CF).

Neste sentir, André Mendes Moreira[120] ensina que:

> A não comutatividade pertence à seara do Direito Tributário, em que pese ser também objeto de estudo dos economistas. Sua função é atuar no cálculo do quantum debeatur. Trata-se de um mecanismo pelo qual se admitem abatimentos ou compensações no valor do tributo devido ou na sua base de cálculo - conforme se adotem, respectivamente, os métodos de apuração intitulados tax on tax (imposto-contra-imposto) ou basis on basis (base-contra-base). Com isso, busca-se gravar apenas a riqueza agregada pelo contribuinte ao bem ou serviço. Por essa razão, a não-cumulatividade admite, também, o método da adição (somam-se os dispêndios do contribuinte para a produção ou venda do bem ou

120. MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. São Paulo: Noeses, 2012, p. 62.

serviço e tributa-se a medida exata da adição de valor ao objeto tributável).

Assim, a não-cumulatividade, trazida pela Carta Magna, pode revestir-se de técnicas diversas de arrecadação, desde que seja respeitado o fundamento da desoneração da carga anterior do mesmo tributo ou a incidência exclusiva deste tributo sobre a operação posterior.[121]

3. DA PREVISÃO DA NÃO-CUMULATIVIDADE NO IPI E NO ICMS

A importância do estudo da não cumulatividade do IPI e ICMS para a compreensão do conceito de insumos para fins de apropriação de créditos da Cofins ocorre pelo fato de haver uma corrente doutrinaria - a ser estudada mais adiante - que entende que haveria similitude entre os conceitos de insumos trazidos pela legislação do IPI e ICMS para o campo da contribuição a Cofins.

A Constituição Federal , em seu artigo 153, inciso IV, atribuiu a competência a União Federal para instituir o imposto sobre produtos industrializados (IPI), ressalvando em seu parágrafo 3, inciso II, que "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores».

Já a competência para a tributação pelos Estados e Distrito Federal das operações relativas a circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação foi prevista no artigo 155, parágrafo 2, inciso I, que dispôs que: "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa a circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o

121. MARTINS, Ives Gandra. Aspectos Polêmicos de PIS-Cofins. São Paulo: Lex Editora. p. 28.

montante cobrado nas anteriores" pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Ao receberem a delegação constitucional, a União e os Estados passaram a ter o dever de instituir o IPI e o ICMS sob a forma não-cumulativa.

Verifica-se, portanto, que a sistemática da não cumulatividade para o IPI e para o ICMS se diferem da não cumulatividade do PI/COFINS por não apresentarem como base de cálculo o faturamento a empresa e sim o valor dos bens e serviços.

4. DA NÃO-CUMULATIVIDADE PARA O PIS E COFINS

A aplicação da não-cumulatividade para a Cofins surgiu com a finalidade de estimular setores de produção, comercialização e exportação nacional.

Foi assim que a Emenda Constitucional n. 42/03 autorizou a não-cumulatividade da Cofins para determinados setores ou atividades econômicas a serem definidas por lei.

Vê-se que ficou outorgado ao legislador ordinário o poder de instituir a sistemática não cumulativa da Cofins em setores da atividade econômica a serem definidos.

Neste passo, as Lei n. 10.833/2003 e 10.865/2004 estabeleceram as regras da cobrança não-cumulativa para a Cofins que, conforme já dito, tem como base de cálculo a receita bruta assim entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas .

5. DA COMPREENSÃO DA PROBLEMÁTICA

Conforme mencionado, a Lei Complementar 42/03 possibilitou a sistemática da não-cumulatividade para a Cofins, trazendo como forma de apuração do imposto-contra-imposto.

De forma que os débitos são calculados pela aplicação da alíquota sobre as receitas, enquanto os créditos são obtidos pela multiplicação das despesas pela mesma alíquota. Portanto, calcula-se primeiro o tributo devido para em seguida deduzir-se os créditos compensáveis.[122]

Neste passo a Lei de regência instituída (Lei n. 10.833/2003) disciplinaram que é possível a obtenção de crédito das contribuições sobre bens e serviços utilizados como "insumos" na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens.

Ocorre que as aludidas legislações de regência da matéria não delimitaram a abrangência do termo insumos para fins de aproveitamento de créditos da Cofins[123]. Demonstramos:

A Lei n. 10.636/2002 dispôs sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social, nos seguintes termos:

> Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2o a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (...)
>
> II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2o da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI;

---

122. MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. São Paulo: Noeses, 2012. p . 436.

123. MORAIS, Roberto Rodrigues. COFINS e PIS: Decisões importantes mudam conceito de insumos e abrem oportunidade para empresas recuperarem créditos nos últimos 5 anos. Fiscosoft. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/60qu/cofins-e-pis-decisoes-importantes-mudam-conceito-de-insumos-e-abrem-oportunidade-para-empresas-recuperarem-creditos-nos-ultimos-5-anos-roberto-rodrigues-de-morais>. Acesso em: 14 maio 2014.

Na mesma senda, a Lei n. 10.833/03 dispôs sobre a não--cumulatividade na cobrança da contribuição para a Cofins, nos seguintes termos:

> Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (...)
>
> II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004).

Verifica-se, pois, que a norma que regulamentou os créditos da Cofins não especificaram o que seria considerado "insumos". A partir de então surgiram algumas correntes para explicar a abrangência do termo.

A primeira corrente de cunho mais restritivo se baseia nas Instruções Normativas n. 247/2002 e 404/2004 editadas pela Receita Federal do Brasil.

Dispõe as citadas instruções normativas que as pessoas jurídicas enquadradas no regime não-cumulativo, poderão descontar créditos, calculados mediante a aplicação das alíquotas de 7,6 (Cofins) e 1,65 (PIS) especificamente sobre os valores descritos no artigo 8:

> Art. 8º**.** Do valor apurado na forma do art. 7º, a pessoa jurídica pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

I - das aquisições efetuadas no mês: (...)

b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos:

b.1) na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda; ou

b.2) na prestação de serviços; (...)

§ 4 º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput , entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

E neste sentir seguiram algumas decisões no CARF. Vejamos um caso à título de ilustração:

> “O aproveitamento dos créditos do PIS no regime da não-cumulatividade ha que obedecer as condições especificas ditadas pelo artigo 3 da Lei n. 10.637 de 2002, c/c o artigo 66 da IN SRF n. 247, de 2002, com as alterações a IN SRF n. 358, de 2003. Incabíveis, pois, créditos originados de gastos com seguros (ncendios, vendaval etc), material de segurança (óculos, jalecos, protetores auriculares), materiais de uso geral (buchas para maquinas, cadeado, disjuntos, calco para prensa, catraca, correias; cotovelo, cruzetas, reator para lâmpada), pecas de reposição de maquinas, amortização de despesas operacionais, conservação e limpeza, e manutenção predial. No caso de insumo “agua”, cabível a glosa pela ausência de critério fidedigno para a quantificação do valor efetivamente gasto na produção (Acórdão 203-12.469 da Terceira Camara do Segundo Conselho de Contribuintes - Relator Cons. Odassi Guerzoni Filho).

No mesmo sentir, também há julgados do Tribunal Regional Federal da 4 Região[124].

Verifica-se, pois que, esta primeira corrente entende que o conceito de insumos seria extraído da legislação que regula o imposto sobre produtos industrializados.

Não tardou surgiram vozes na doutrina contrárias ao entendimento adotado pela Receita Federal.

À guisa de ilustração vejamos o entendimento de Solon Sehn[125]:

124. TRF 4ª Região. Apelação Cível n. 2009.71.07.001153-5. Relator: Desembargador Otavio Roberto Pamplona.

125. SEHN, Solon. PIS-COFINS: não comutatividade e regimes de incidência. São Paulo: Quartier Latin, 2011.p.315.

> "não é válida a equiparação realizada pela instrução normativa. A contribuição não incide apenas sobre operações que tenham por objeto produtos industrializados. Tais negócios jurídicos abrangem parte da materialidade da exação, que é muito mais ampla e alcança todos os atos de acréscimos ao patrimônio líquido do contribuinte (receita bruta). Desse modo, a aplicação do conceito de insulo da legislação do IPI gera como efeito prático a limitação da não comutatividade da contribuição a uma parcela dos fatos tributados, mantendo o efeito cascata em relação às demais receitas auferidas pelo contribuinte. Ao mesmo tempo, compromete de forma irremediável a maior virtude da legislação: a previsão de um conceito amplo de insulo, capaz de garantir uma salutar e indispensável maleabilidade da lei em face do dinamismo da atividade empresarial. Uma restrição dessa natureza somente poderia ser prevista em lei formal, diretamente na Lei n. 10.833/2003, inclusive porque, ao reduzir o montante do crédito redutível, a instrução normativa implica o aumento do valor do tributo devido por meio de analogia, o que é vedado pelo art. 108, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional".

A segunda corrente com vozes tanto na jurisprudência quanto na doutrina entende que pelo fato da Cofins incidir sobre a receita bruta deveria se admitir que todos os custos e despesas necessárias a atividade empresarial seriam passíveis de creditamento, aplicando-se analogicamente a legislação do imposto de renda da pessoa jurídica.

Nesta toada, André Mendes Moreira entende que:

> "(...) incidindo os tributos em análise sobre a receita bruta, o correto seria admitir-se que todos os cus-

tos e despesas necessários à atividade empresarial fossem passíveis de creditamento, na qualidade de insumos. A aplicação analógica das regras do IPI, como pretende a RFB, parece-nos equivocada, porquanto o recurso a esse método interpretativo pressupõe a existência de similitude entre as situações e a ausência de elemento diferenciador relevante entre ambas - o que inocorre no caso do IPI ao ser contrastado com o PIS/COFINS. A nosso sentir, a analogia somente seria possível se o intérprete se valesse das regras do IRPJ relativas aos custos e despesas dedutíveis para pautar aquelas que seriam creditáveis no âmbito do PIS/COFINS".[126]

No seio do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, algumas decisões foram proferidas para afastar a analogia do PIS/Cofins com o IPI e aplicar-se as regras do IRPJ para definição de insumos. Confira:

> "REGIME NÃO CUMULATIVO - INSUMOS - MATERIAIS PARA MANUTENÇÃO DE MÁQUINAS - O conceito de insumo dentro da sistemática de apuração de réditos pela não-cumulatividade de PIS e Cofins deve ser entendido como toda e qualquer custo ou despesa necessária a atividade da empresa, nos termos da legislação do IRPJ, não devendo ser utilizado o conceito trazido pela legislação do IPI, uma vez que a materialidade de tal tributo é distinta da materialidade das contribuições em apreço. [127]

126. MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. São Paulo: Noeses, 2012. p. 466.

127. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Segunda Seção , Segunda Turma, Processo n. 11020.001952/2006-22, Acórdão n. 3202-00.226, Relator Gilberto de Castro Moreira Junior, j. em 08.12.2010.

Na esfera do Poder Judiciário há análogas e relevantes lições sobre a matéria[128]. Confira:

> Não há paralelo entre o regime não-cumulativo de IPI/ICMS e o de PIS/COFINS, justamente porque os fatos tributários que os originam são completamente distintos. (...)
>
> Conquanto o legislador ordinário não tenha definido o que são insumos, os critérios utilizados para pautar o creditamento, no que se refere ao IPI, não são aplicáveis ao PIS e à COFINS. É necessário abstrair a concepção de materialidade inerente ao processo industrial, porque a legislação também considera como insumo os serviços contratados que se destinam à produção, à fabricação de bens ou produtos à execução de outros serviços.(...)
>
> As Instruções Normativas SRF n. 247/2002 e 404/2004, que admitem apenas os serviços aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto como insumos, não oferecem a melhor interpretação ao art. 3º, inciso II, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003. A concepção estrita de insumo não se coaduna com a base econômica de PIs e COFINS, cujo ciclo de formação não se limita à fabricação de um produto ou à execução de um serviço, abrangendo outros elementos necessários para a obtenção de receita com o produto ou serviço.
>
> O critério que se mostra consentâneo com a noção de receita é o adotado ela legislação do imposto de renda. Insumos, então, são os gastos que, ligados

128. Processo n. 2008.71.00.029040-6, Apelação Cível n. 0029040-40.2008.404.7100/RS, 1ª Turma, Relator: Desembargador Joel Ilan Paciornik, publicado em 21.07.2011)

> inseparavelmente aos elementos produtivos, proporcionam a existência do produto ou serviço, o seu funcionamento, a sua manutenção ou o seu aprimoramento. Sob essa ótica, o insumo pode integrar as etapas que resultam no produto ou serviço ou até mesmo as posteriores, desde que seja imprescindível para o funcionamento do fator de produção.
>
> As despesas com serviços de armazenagem, expedição de produtos e controle de estoques, enquadram-se no conceito de insumos, uma vez que são necessárias e indispensáveis para o funcionamento da cadeia produtiva.[129]

Recentemente, os Tribunais Regionais Federais e, até mesmo a própria Receita Federal do Brasil através de Soluções de Consulta, têm ampliado a possibilidade de uso de créditos de PIS e COFINS e revendo a orientação restritiva mais aproximada da sistemática do IPI e a orientação ampliativa trazida pela sistemática do Imposto de Renda. [130]

O novo entendimento abarca critérios próprios, entendendo como insumos os gastos gerais que a pessoa jurídica precisa incorrer na produção de bens ou serviços por ela realizados; gastos gerais que a pessoa jurídica precisa incorrer diretamente (de forma imprescindível) para a produção de bens e serviços por ela realizada[131].

Em outras palavras o conceito de insumo deve ser definido adotando como balizes a essencialidade e relevância

---

129. TRF da 4ª Região, Primeira Turma, AC n. 0029040-40.2008.404.7100/RS, Relator Desembargador Joel Ilan Paciornik, DJe 20.07.2011.

130. PEREIRA, Cláudio Augusto Gonçalves. O alargamento do conceito de insumos para fins das contribuições devidas ao PIS e COFINS. Pis e Cofins a luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: volume 2. São Paulo: MP Editora, 2013. p. 81.

131. RODRIGUES, Daniele Souto e MARTINS, Natanael. A evolução do conceito de insumo relacionado à Contribuição ao PIS e à COFINS . Pis e Cofins a luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: volume 2. São Paulo: MP Editora, 2013. p. 81.

no desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

Vejamos um julgado do CARF a despeito da matéria:

> "O termo "insumo utilizado pelo legislador na apuração de créditos a serem descontados da Contribuicao para o PIS/Pasep e da Cofins denota uma abrangência maior do que MP, PI e ME relacionados ao IPI. Por outro lado, tal abrangência não e tão elástica como o caso do IRPJ, a ponto de abarcar todos os custos de produção e as despesas necessárias a atividade da empresa. sua justa medida caracteriza-se como o elemento diretamente responsável pela produção dos bens ou produtos destinados a venda, ainda que este elemento não entre em contato direto com os bens produzidos, atendidas as demais exigências legais" (...) (Acórdão n. 3301-000.954 da Terceira Secao de Julgamento do CARF - Relator Cons. Mauricio Taveira e Silva).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em alguns julgados, adotou este entendimento.[132]

> TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. DISTINÇÃO. CONTEÚDO. LEIS Nº 10.637/2002 E 10.833/2003, ART. 3º, INCISO II. LISTA EXEMPLIFICATIVA.
>
> 1. A técnica empregada para concretizar a não cumulatividade de PIS e COFINS se dá por meio da apuração de uma série de créditos pelo próprio contribuinte, para dedução do valor a ser recolhido a título de PIS e de COFINS.

132. TRF4. Apelação Cível n. 0000007-25.2010.404.7200/SC. Relator: Juiz Federal Leandro Paulsen. Publicado em 05.07.2012.

> 2. A coerência de um sistema de não cumulatividade de tributo direto sobre a receita exige que se considere o universo de receitas e o universo de despesas necessárias para obtê-las, considerados à luz da finalidade de evitar sobreposição das contribuições e, portanto, de eventuais ônus que a tal título já tenham sido suportados pelas empresas com quem se contratou.
>
> 3. Tratando-se de tributo direto que incide sobre a totalidade das receitas auferidas pela empresa, digam ou não respeito à atividade que constitui seu objeto social, os créditos devem ser apurados relativamente a todas as despesas realizadas junto a pessoas jurídicas sujeitas à contribuição, necessárias à obtenção da receita.
>
> 4. O crédito, em matéria de PIS e COFINS, não é um crédito meramente físico, que pressuponha, como no IPI, a integração do insumo ao produto final ou seu uso ou exaurimento no processo produtivo.
>
> 5. O rol de despesas que enseja creditamento, nos termos do art. 3º das Leis 10.637/02 e 10.833/03, possui caráter meramente exemplicativo. Restritivas são as vedações expressamente estabelecidas por lei.
>
> 6. O art. 111 do CTN não se aplica no caso, porquanto não se trata de suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção ou dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Demonstradas as correntes doutrinarias despeito do objeto do presente estudo passamos a sua conclusão.

CONCLUSÃO

As normas infraconstitucionais que regulamentam a não-cumulatividade da Cofins não conceituaram o significado do termo “insumo».

Não tardou muito, a omissão do legislador trouxe inúmeras dúvidas, interpretações, teses e consequentemente infindáveis questionamentos na esfera administrativa e judicial.

Dentro deste cenário, a esfera administrativa e judicial passou a interpretar a lacuna deixada pelo legislador, uns adotando uma interpretação restritiva em analogia a legislação do IPI; outros uma interpretação ampliativa nos moldes da legislação do Imposto de Renda e ainda outros uma interpretação intermediária levando em consideração a essencialidade e relevância do produto e serviço.

O legislador criou o regime não cumulativo sob fundamento da necessidade de desoneração tributaria, entretanto, na prática, os efeitos produzidos foram de majoração da imposição tributaria.

Pelo que se verifica, a questão ainda não foi solucionada de forma definitiva, seja pelo Judiciário ou pelo Legislativo.

A Receita Federal do Brasil, em 07 de dezembro de 2015, divulgou, em seu site no internet, que o Ministério da Fazenda encaminhou à Casa Civil projeto de lei para reforma da contribuição para o PIS [133], o que poderá inspirar futuras alterações também para a Cofins.

Para todos os efeitos, espera-se reforma que simplifique a apuração do imposto e, consequentemente, reduza o contencioso tributário, fruto de uma legislação demasiadamente complexa e, em muitos pontos, injusta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. Noeses, 2007.

133. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/erhi25v6/L3gslti7J9o9jKHB.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. O conceito de "Insumo"para fins de aproveitamento de créditos de não cumulatividade da contribuição ao PIS e a Cofins. Aspectos Polêmicos de PIS-Cofins. São Paulo: Lex Editora.

CARRAZA, Roque. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 1999.

CASSONE, Vittorio. Direito tributário: fundamentos constitucionais da tributação, definição de tributos e suas espécies, conceito e classificação dos impostos, doutrina, prática e jurisprudência. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOMINGO, Luiz Roberto. Pis e Cofins à Luz da Jurisprudência do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: São Paulo: Editora ME, 2011.

GOLDSCHMIDT, Guilherme. PIS e COFINS: a ampliação do conceito de insumos frente ao regime não cumulativo das contribuições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ICHIHARA, Yoshiaki. Direito Tributário. 7 ed. São Paulo: Atlas. 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos Polêmicos de PIS-Cofins. São Paulo: Lex Editora.

MARTINS, Ives Gandra. Aspectos Polêmicos de PIS-Cofins. São Paulo: Lex Editora.

MORAIS, Roberto Rodrigues. COFINS e PIS: Decisões **importantes mudam conceito de insumos e abrem oportuni-**

dade para empresas recuperarem créditos nos **ú**ltimos 5 anos. Fiscosoft.

MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. São Paulo: Noeses, 2012.

PEIXOTO, Marcelo Magalhaes. JUNIOR, Gilberto de Castro Moreira, Pis e Cofins a luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: volume 2. São Paulo: MP Editora, 2013.

PEREIRA, Cláudio Augusto Gonçalves. O alargamento do conceito de insumos para fins das contribuições devidas ao PIS e COFINS. Pis e Cofins a luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: volume 2. São Paulo: MP Editora, 2013.

RODRIGUES, Daniele Souto e MARTINS, Natanael. A evolução do conceito de insumo relacionado à Contribuição ao PIS e à COFINS . Pis e Cofins a luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: volume 2. São Paulo: MP Editora, 2013.

SEHN, Solon. PIS-COFINS: não comutatividade e regimes de incidência. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

A LISTA FECHADA E O DEVER FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO MECANISMOS PARA A REVITALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL

Matheus Passos Silva

INTRODUÇÃO

É inegável que um dos grandes problemas pelos quais passa o Brasil no momento atual é o da representação política. Por outras palavras, percebe-se que existe grande distância entre eleitos e eleitores, uma distância criada, dentre outros fatores, pela infidelidade partidária decorrente da estrutura dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros, e tal distância se afigura como preocupante em um sistema político-jurídico que constitucionalmente é definido como sendo um Estado democrático de direito.

Desta forma, o objetivo do texto é o de mostrar que a atual configuração da democracia no Brasil – que enfatiza a participação popular apenas por meio do voto, com consequente ausência *efetiva* de representação política – impede o completo exercício da cidadania, já que pressupõe, por um lado, um sistema eleitoral que não gera identificação entre eleito e eleitor e, por outro, a ausência do que pode ser chamado de *responsabilidade do cidadão para com a coletividade*.

Ao final, apresentam-se duas propostas que podem contribuir para a melhoria da qualidade da representação em nosso país: o estabelecimento de um sistema eleitoral proporcional de lista fechada e a ressignificação do conceito de cidadania de maneira que o mesmo não seja visto apenas como uma atitude *passiva* do cidadão, mas sim *ativa*, incumbindo-lhe não apenas *direitos*, mas também *deveres* fundamentais.

1. BASES JURÍDICAS DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO

Segundo o autor americano Samuel Huntington, os séculos XIX e XX viram três momentos principais em que os países deixaram de ser regimes ditatoriais e passaram a ser considerados como democráticos. A perspectiva do autor é que o processo de democratização dos Estados ocorreu em *ondas*, com a primeira tendo ocorrido entre 1828 e 1926, a segunda de 1943 a 1962 e a terceira tendo se iniciado em 1974 e terminado com a democratização dos países do Leste Europeu, já na década de 1990 (HUNTINGTON, 1994).

Tendo surgido em fins da década de 1980, a Constituição da República Federativa do Brasil (doravante *CF*) se enquadra naquilo que Huntington intitulou de *terceira onda de democratização*. Esta perspectiva é bastante visível quando se verifica que o constituinte originário definiu, já no art. 1º da CF, que o Brasil se constitui em um Estado *democrático* de direito, que culmina com o fato de que "todo o poder emana do povo" (BRASIL, 2016, p. 11), conforme o texto presente no parágrafo único deste mesmo artigo.

Para além do mero aspecto legal, vale destacar que a CF fez com que o cidadão brasileiro se tornasse efetivamente o *titular* do poder político, de maneira a fazer com que sua vontade pudesse ser "jurídica e politicamente eficaz" (MI-

RANDA, 2007, p. 17) no que diz respeito à definição dos rumos do Estado. É importante, porém, que a análise de tal titularidade seja feita com base não apenas no texto legal, mas também com base em sua *efetividade*, sob o risco de se configurar um sistema democrático que, a despeito de se intitular como tal, acaba por não o ser efetivamente.

Para tanto o texto constitucional traz, no Capítulo IV do seu Título I, os direitos políticos dos cidadãos brasileiros. Inequivocamente a CF garante que a soberania popular é exercida "pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos", sem menosprezar a possibilidade de participação direta por meio de plebiscitos, referendos e projetos de lei de iniciativa popular (BRASIL, 2016, p. 21).

Ainda no âmbito constitucional, é relevante destacar dois dispositivos que dizem respeito diretamente à instituição cuja função é a de representar os cidadãos, qual seja, os *partidos políticos*. É importante destacar a este respeito que no Brasil a democracia representativa funciona com base na atuação dos partidos políticos – é a chamada *democracia partidária*[134] –, o que se depreende do inciso V do § 3º do art. 14 quando este mecanismo impõe, como critério de elegibilidade, a filiação partidária. Por sua vez, o art. 17 e §§ da CF trazem que qualquer cidadão pode criar um partido político, desde que atendidos determinados pré-requisitos para sua formação (BRASIL, 2016, p. 21-3).

A importância dos partidos políticos na representação do cidadão é reforçada na legislação infraconstitucional brasileira. Destacam-se, neste sentido, a Lei nº 4.737/65 (*Código Eleitoral Brasileiro*); a Lei nº 9.096/95 (*Lei dos Partidos Políticos*); e, por fim, a Lei nº 9.504/97 (*Lei das Eleições*). Chama-se aqui a atenção para os artigos 106 a 113 do *Código*

134. Acerca das principais características da democracia partidária da atualidade ver MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002, p. 206-18.

Eleitoral Brasileiro, que trazem em detalhes os cálculos dos quocientes eleitoral e partidário, reforçando o fato de que a representação no Brasil é feita pelos partidos políticos. Por sua vez, a *Lei dos Partidos Políticos* traz em detalhes, entre os artigos 7º e 11, todos os pré-requisitos para que um cidadão brasileiro possa criar um novo partido político. Por fim, importa aqui ressaltar que a *Lei das Eleições* traz, em seu art. 6º, a definição das coligações partidárias, as quais, ainda que sejam aqui consideradas como inconstitucionais, têm fundamental importância quando se considera a participação e a representação política no Brasil.

Como se pode perceber pelo esboço acima apresentado, a legislação brasileira – tanto a constitucional quanto a infraconstitucional – apresenta explicitamente a ideia de que as decisões tomadas pelo Estado brasileiro precisam refletir a vontade popular. Nesta perspectiva vislumbra-se claramente o fato de que a participação se configura como verdadeiro *direito fundamental* do cidadão brasileiro, o qual é exercido primariamente pela realização de eleições periódicas e, secundariamente, pela possibilidade de participação em plebiscitos, referendos e em processos de lei de iniciativa popular.

2. A REALIDADE PRÁTICA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

A despeito de todo o arcabouço jurídico estabelecido no Brasil a partir da CF, o que se percebe *na prática* é que a participação política do cidadão brasileiro é reduzida ao mero voto em eleições periódicas, o que traz consequências negativas no que diz respeito à representação política e, em última instância, à concretização da cidadania no país. Da mesma forma, parece ser possível afirmar que a ideia de democracia no Brasil é vinculada muito mais a um *ideal ético-moral* – que por sua vez se con-

figura como sendo extremamente abstrato – do que a verdadeiro mecanismo jurídico com "conteúdo normativo e juridicidade inerente" (SANTOS; MAGALHÃES, 2011, p. 11) que, inclusive, permita a exigência de seu cumprimento por parte do cidadão.

Em relação ao primeiro aspecto, é importante chamar a atenção para a constante diminuição no interesse do cidadão em participar politicamente pela via eleitoral, o que se configura como extremamente danoso para o desenvolvimento da cidadania. Nesta perspectiva torna-se interessante trazer a classificação feita por Moreira Neto, citado por Santos e Magalhães (2011, p. 7-8), em que o autor identifica três graus diferentes no que diz respeito à não participação do cidadão: a *apatia política*, a *abulia política* e a *acracia política*.

O primeiro tipo de não participação – a *apatia política* – se caracteriza por verdadeira falta de estímulo para o envolvimento do cidadão com a *res publica*. Como o cidadão não vê a existência de canais disponíveis para a verdadeira representação de suas demandas em relação ao Estado, passa a demonstrar desinteresse por esta esfera de participação. Como não há interlocução direta entre o cidadão e o Estado, o primeiro se desinteressa e opta por não participar politicamente.

Por sua vez, a *abulia política* se caracteriza pelo fato de o cidadão não acreditar que suas demandas efetivamente determinem a atuação da Administração Pública – isto partindo-se da ideia de que tais demandas sejam *ouvidas* pela Administração Pública. Sintetiza-se na ideia de que "diante da verificação que sua participação não se efetiva, não se tem estímulo e não se vê resultados, logo, não se participa" (SANTOS; MAGALHÃES, 2011, p. 8).

Por fim, a *acracia política* diz respeito à falta de conhecimento do próprio cidadão em termos de educação formal, o que faz com que o mesmo não tenha condições de formu-

lar demandas e apresentá-las junto aos seus representantes. Dado o excessivo formalismo da máquina pública, o cidadão, por desconhecer o funcionamento da mesma, acaba por se sentir desestimulado em participar politicamente.

É possível afirmar que estes três *tipos* de desinteresse na participação política estão presentes no caso brasileiro. Infere-se tal conclusão a partir de dados quantitativos referentes à participação nas últimas eleições gerais realizadas no Brasil, em 2014: nestas eleições viu-se o nível mais alto de abstenções desde as eleições de 1998, com 19,4% do eleitorado não participando no dia da votação. Da mesma forma, os votos em branco e nulos nesta eleição – que, conforme os artigos 2º, 3º e 5º da *Lei das Eleições*, são considerados como *votos inválidos*, sendo portanto desconsiderados dos cálculos eleitorais – somaram 9,6% do total. Em resumo, tem-se que 27,1% dos cidadãos aptos a votar não o fizeram, o que é um número elevado em um sistema político-jurídico em que o voto é obrigatório (SILVA, 2016a, p. 227).

O segundo aspecto relevante no que diz respeito à não participação do cidadão devido ao atual arranjo político-jurídico no Brasil se relaciona ao entendimento de que a cidadania se limita à existência da *possibilidade* de participação, não exigindo a *efetiva* participação – e principalmente dispensando o efetivo *envolvimento* – do cidadão com a coisa pública.

A ideia de cidadania pode ser compreendida de duas maneiras distintas. Uma delas, de aspecto mais técnico – por isso mesmo compreendida aqui como cidadania em sentido *restrito* – diz respeito ao direito subjetivo público vinculado à seara eleitoral. Em outras palavras, diz-se *cidadão* em sentido restrito à pessoa detentora de direitos políticos, conforme os requisitos presentes no art. 14, § 3º da CF. Em resumo, no caso brasileiro, cidadão nesta acepção é a *pessoa que possui o título de eleitor*.

Por sua vez, a ideia de cidadania possui também um sentido *amplo*, "em que denota o próprio direito à vida digna em sentido pleno, abarcando os direitos fundamentais civis, políticos e sociais" (GOMES, 2016, p. 58). Por outras palavras, entende-se por cidadão neste sentido amplo a própria pessoa como tal, independentemente de estar alistada ou não como eleitora, em uma perspectiva que se vincula, em termos principiológicos, à própria dignidade humana.

Tradicionalmente, a doutrina político-jurídica que estuda a participação, a representação política e, em última instância, a democracia, vincula a ideia de cidadania ao sentido restrito. É inclusive desta forma que a própria democracia é comumente definida, quando se diz, de maneira reducionista, que a democracia é o "governo do povo" e que o povo exerce seu poder político *primordialmente* (quiçá *exclusivamente*) por meio do voto[135]. Por outras palavras, tendo o cidadão o *direito* de votar, considera-se que estão garantidas não apenas a participação, mas também o próprio regime democrático, independentemente do real exercício deste direito pelo cidadão.

É este o sentido que Bobbio indica existir na literatura liberal sobre a democracia e a participação política. Segundo o autor italiano, no que se compreende como *concepção liberal da democracia* "a participação do poder político, que sempre foi considerada o elemento caracterizante do regime democrático, é resolvida através de *uma das muitas liberdades individuais* que o cidadão reivindicou e conquistou contra o Estado absoluto". Destaca-se nesta perspectiva "o *mero fato da participação* como acontece na concepção pura da Democracia [...] com a ressalva de que esta participação seja livre,

135. Ainda que existam outros mecanismos para a participação do cidadão, é inegável a associação clara, não apenas na doutrina, mas também no "imaginário popular", entre democracia e eleições – o que, se não está tecnicamente errado, apresenta-se claramente como *insuficiente* para a definição deste conceito.

isto é, seja uma expressão e um resultado de todas as outras liberdades" (BOBBIO, 1998, p. 324, grifo nosso).

Considera-se esta visão como reducionista porque ela acaba por *limitar* a participação ao (direito de) voto. Por outras palavras, passa-se a considerar que se o cidadão possui tal direito e que se existem condições para o exercício do direito – basicamente a liberdade de expressão e a realização de eleições periódicas –, a participação e a democracia estariam *automaticamente* garantidas, concretizando-se o direito fundamental à cidadania. Contudo, como se viu anteriormente, os índices de participação política por vias eleitorais têm diminuído cada vez mais, o que significa dizer que não se pode considerar a *não participação* como exercício da cidadania – especialmente quando se considera que esta precisa ser compreendida sob a perspectiva ampla, e não restrita, se se quer falar em garantia da dignidade humana.

3. POSSIBILIDADE DE MUDANÇA: A LISTA FECHADA E O DEVER FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO

A alteração da situação atual, caracterizada por verdadeiro *descolamento* entre eleito e eleitor, passa necessariamente por dois pontos centrais: de um lado é necessário reforçar o caráter representativo dos partidos políticos, já que são estas instituições que representam o cidadão; por outro, é necessário compreender que a participação política do cidadão para além do período eleitoral é essencial para o desenvolvimento da cidadania não devido a algum embasamento ético ou moral, mas sim por ser um verdadeiro *dever fundamental* do cidadão para com a coletividade.

No que diz respeito ao primeiro ponto, defende-se a alteração do sistema de escolha das listas eleitorais do atual sistema de lista aberta para o sistema de lista fechada. Gomes (2016,

p. 151) define o sistema de lista aberta como aquele sistema eleitoral em que "são os eleitores que definem quais são os candidatos eleitos dentre os integrantes da lista apresentada pelo partido". Significa dizer que as vagas conquistadas pelos partidos serão preenchidas conforme a classificação dos candidatos na lista partidária, classificação esta, por sua vez, que é dependente do número de votos que cada candidato recebeu individualmente – ou seja, são os candidatos mais votados que ocuparão as vagas eventualmente atribuídas ao partido.

Por sua vez, a lista fechada corresponde ao sistema em que "a ordem dos candidatos é concebida e apresentada pelos seus respectivos partidos, sendo essa ordem inalterável pela votação dos eleitores" (GOMES, 2016, p. 152). Por outras palavras, são os próprios partidos políticos, em momento prévio à eleição, que definirão a ordem em que os candidatos serão registrados em suas respectivas listas partidárias, estando eleitos aqueles candidatos que estiverem nas primeiras posições da lista independentemente do número de votos individualmente recebidos. Em suma, na lista fechada o cidadão vota exclusivamente em um partido político e não em um candidato.

Há uma grande resistência à implantação da lista fechada no Brasil, ainda que tal resistência seja apresentada de maneira vaga no discurso político-jurídico brasileiro. Argumenta-se, dentre outros aspectos, que a lista fechada, se aplicada ao Brasil, apenas favoreceria – ou antes, *reforçaria* – o poder político dos chamados *caciques partidários*, ou seja, daquelas figuras que tradicionalmente *mandam no partido político*. Argumenta-se que com a lista fechada tais *caciques* colocar-se-iam constantemente nos primeiros lugares da lista de maneira a sempre virem a ser eleitos, já que não mais dependeriam do voto popular para atingirem seus objetivos eleitorais.

Não há como negar o fato de que a lista fechada favorece tal arranjo intrapartidário, e talvez seja mesmo possível afirmar que sua implantação no Brasil apenas aprofundaria a dominação que tais lideranças já exercem. Contudo, importa considerar o fato de que o atual sistema de lista aberta parece trazer mais prejuízos que benefícios ao sistema representativo brasileiro, de maneira que uma eventual relação *custo x benefício* parece pender a favor da aplicação da lista fechada no caso brasileiro.

Dentre tais prejuízos, destaca-se que a lista aberta acaba por gerar disputas entre os candidatos dentro do mesmo partido ou coligação – o que encarece ainda mais as campanhas –, já que eles estão disputando os votos do eleitor para serem mais bem colocados no resultado final; a lista aberta gera baixa representatividade, já que os cálculos eleitorais permitem que candidatos nominalmente menos votados sejam eleitos em detrimento de outros que nominalmente tenham obtido mais votos[136]; e ainda, nas eleições pela lista aberta as campanhas ficam extremamente centradas nos candidatos e não nos partidos, o que gera extrema personalização de um lado e contribui para o contínuo enfraquecimento das plataformas partidárias por outro (NICOLAU, 2015, p. 108). Da mesma forma, "é sintomático que a legislação obrigue os candidatos a apresentar o seu partido no material durante o horário de propaganda eleitoral" (NICOLAU, 2015, p. 109), de maneira a mostrar que se assim não o fosse talvez os candidatos apresentar-se-iam apenas individualmente, e não aos seus respectivos partidos.

Por outro lado, destaca-se o fato de que no sistema de lista fechada fica claro para o cidadão quem o representa –

136. A respeito da falta de representatividade, registrem-se duas situações específicas. A primeira delas diz respeito aos cálculos dos quocientes eleitoral e partidário, que permitem que um candidato com 275 votos no estado de São Paulo – o mais populoso do Brasil – tenha sido eleito deputado federal em 1998. A segunda, talvez ainda mais absurda, seja a possibilidade dada a candidatos que não obtêm nenhum único voto e, mesmo assim, são eleitos (MENDES, 2014, p. 1219).

no caso, o partido político. No sistema atual de lista aberta a representação também é feita *oficialmente* pelos partidos políticos, mas poucos são os cidadãos que têm consciência de tal fato – basta ver neste sentido o número de votos obtidos *pelos partidos*, ou seja, o voto em legenda, em comparação ao número de votos obtidos diretamente pelos candidatos. Nesta perspectiva, o que ocorre na realidade é que o cidadão vota *em candidatos* e não *em partidos*, segundo uma lógica inerente ao sistema eleitoral majoritário, mas aplicando tal lógica em um sistema eleitoral proporcional. O resultado não pode ser outro que não a eleição da maioria dos deputados federais por meio da transferência de votos (SARDINHA, 2016), o que vem a fragilizar o vínculo de representatividade entre eleito e eleitor.

Por outro lado, em um sistema de lista fechada o cidadão teria a certeza do destino do seu voto, o que favoreceria sua posterior atuação de fiscalização das ações do partido político já que este modelo gera, por excelência, uma representação partidarizada, na qual haveria clara associação entre a divulgação de determinada doutrina política e sua correspondente defesa, dentro e fora do Parlamento, pelo partido político – isto sem desconsiderar o fato de que a representação partidarizada é, sem sombra de dúvidas, o modelo ideal em um modelo de democracia que se define como *partidária*.

Por sua vez, importa chamar a atenção para o fato de que a busca pela melhoria da qualidade da representação política no Brasil deve se realizar não apenas pelo aspecto institucional – entendendo-se aqui a mudança no sistema eleitoral que afetaria diretamente os partidos políticos –, mas também é necessário que o cidadão tenha a consciência de que o exercício da cidadania pressupõe não apenas *direitos*, mas também *deveres*, inclusive fundamentais.

Significa dizer que a cidadania se caracteriza pelo *usufruto*, por parte do cidadão, de prestações oriundas de outrem (sejam cidadãos, seja o Estado), mas também pelo *contributo*, por parte deste mesmo cidadão, de prestações em prol da coletividade. Ora, "entender que a cidadania é apenas um *direito* fundamental a ser exercido pelo cidadão *quando este quiser* parece ser um entendimento limitado e superficial do próprio conceito de cidadania" (SILVA, 2016b, p. 98, grifos no original); nesta perspectiva é fundamental compreender que a cidadania se fundamenta também nos *deveres fundamentais* que precisam ser cumpridos pelo cidadão.

Conforme Miranda (2014, p. 92, grifo nosso), os deveres fundamentais estão diretamente vinculados a situações jurídicas que são impostas às pessoas pelo Estado ou ainda por parte de alguns cidadãos sobre outros correspondendo necessariamente a prestações jurídicas que são feitas pelos próprios cidadãos *em nome da coletividade*. Ora, sendo o ser humano um ser gregário e vivendo junto a outros de sua espécie, é de se esperar que suas ações causem reflexo na vida de outros. É nesta perspectiva que surge o *dever fundamental de participação política*, o qual se configura como uma prestação jurídica que deve o cidadão realizar em benefício não apenas próprio, mas também da coletividade da qual faz parte.

Tal dever fundamental, contudo, *não deve se confundir com a obrigatoriedade de votar*, conforme atualmente se configura a legislação eleitoral brasileira. O que se propõe aqui é algo que vai *além* do mero direito-dever de comparecimento periódico às urnas, ou seja, do sufrágio: "se a vida em coletividade pressupõe ações individuais que transcendam ao próprio indivíduo, parece ser razoável exigir, na forma de um dever fundamental, que o indivíduo se preocupe não apenas com sua vida privada e particular mas também com a esfera pública" (SILVA, 2016b, p. 110).

Nesta perspectiva, torna-se necessária a criação de mecanismos jurídicos que permitam a exigência como um dever fundamental – e não como uma atitude ética ou moralmente recomendada – de ações do cidadão de maneira que este se utilize dos próprios elementos já presentes na CF e que permitem o cumprimento deste dever fundamental no período não eleitoral. Dentre estes elementos já existentes destacam-se: a) a possibilidade de peticionar os poderes públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) o exercício do mandado de injunção; c) a possibilidade de ação popular; d) a participação *efetiva* de trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; e) a fiscalização do contribuinte das contas de seu município; f) a participação do usuário na administração pública; g) a realização de denúncia perante o Tribunal de Contas acerca de qualquer irregularidade ou ilegalidade sobre o uso, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração do patrimônio público federal; h) a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (LOPES, 2006, p. 25-7).

Como se pode verificar, existem atualmente diversos mecanismos na CF que exigem do cidadão uma participação política efetiva para além do momento eleitoral. Contudo, o que se vislumbra é o *desencantamento* do cidadão com a política, ou ao menos com a política *como ela se configura no momento atual*. E tal desencantamento é perigoso, já que abre espaço para que figuras e propostas *aventureiras* eventualmente capturem o cidadão e o levem a apoiar propostas que podem regredir em termos de proteção dos direitos fundamentais e da própria democracia. Desta forma, acredita-se que a implantação da lista fechada, por um lado, e a exigência do

cumprimento do dever fundamental de participação política para além do período eleitoral, por outro, possam ser mecanismos político-jurídicos que levem ao aperfeiçoamento da representação política no caso brasileiro.

CONCLUSÕES

O atual sistema político-jurídico de representação no Brasil, a despeito de estar devidamente estabelecido na legislação constitucional e infraconstitucional, apresenta-se como ineficaz, posto que não consegue concretizar o objetivo para o qual foi criado. Nesta perspectiva, afigura-se a participação política por parte do cidadão como sendo o simples ato de votar, de maneira que o cidadão exerce seu direito-dever de sufrágio escolhendo um representante cujo nome, provavelmente, não será lembrado em poucas semanas após as eleições.

Uma das causas da falência do sistema representativo no Brasil está no atual sistema eleitoral proporcional de lista aberta, com ampla infidelidade partidária, que permite a eleição de candidatos que não possuem o mínimo de representação social e que acabam se distanciando dos seus eleitores, o que causa impacto negativo na própria ideia de participação, em verdadeiro círculo vicioso – o cidadão vota em candidatos, vê outros serem eleitos e sente-se desestimulado a participar por meio de eleições, ao mesmo tempo em que os eleitos, por se beneficiarem do atual sistema político-jurídico, não propõem mudanças verdadeiras rumo a uma maior representação política.

Dentre as inúmeras possibilidades de mudança existentes destacam-se duas: em primeiro lugar, a implantação do sistema eleitoral proporcional de lista fechada, objetivando um maior fortalecimento dos partidos políticos brasileiros bem como o estabelecimento de um verdadeiro ponto de referência para o cidadão a respeito de quem efetivamente

o representa politicamente. Em segundo lugar, propõe-se a ampliação do conceito de dever fundamental de participação política, de maneira que este deixe de ser entendido como mero ato de votar periodicamente e passe a ser visto como uma verdadeira responsabilidade, inclusive jurídica, que o cidadão tem para com a coletividade. É possível afirmar que esta *reinterpretação* da ideia de participação poderá permitir maior envolvimento do cidadão com a *coisa pública*, o que, em última instância, reforça a própria democracia no Brasil.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Verbete "democracia". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/526716/CF88_EC95_livro.pdf>. Último acesso em 9 de março de 2017.

______. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Último acesso em 9 de março de 2017.

______. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de*

1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Último acesso em 9 de março de 2017.

_______. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Último acesso em 9 de março de 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HUNTINGTON, Samuel P. *A terceira onda*: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). *Constituição e democracia*. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2014.

_______. *Manual de direito constitucional*. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007.

NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. *Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos*. V. 4, n. 7, jan-jun 2015. Disponível em <https://www.e-publica-

coes.uerj.br/index.php/CESP/article/view/18998/13820>. Último acesso em 9 de março de 2017.

SANTOS, Braulio de Magalhães; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Notas para um debate principiológico sobre participação à luz de uma teoria democrática. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-30, jul/dez 2011. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v1i2.1220>. Último acesso em 9 de março de 2017.

SARDINHA, Edson. No impeachment, só 34 eleitos com os próprios votos. In: *Congresso em Foco*. 22 de abril de 2016. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-35-deputados-se-elegeram-com-a-propria-votacao>. Último acesso em 9 de março de 2017.

SILVA, Matheus Passos. A cidadania ativa como mecanismo para o aprofundamento da participação do cidadão. In: MIRANDA, Jorge. *A Constituição no limiar do século XXI*. Lisboa: AAFDL, 2016a.

_______. A inconstitucionalidade da temporalidade das coligações partidárias no atual quadro jurídico brasileiro. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 10, n. 2, mai/ago 2015. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2015, pág. 130-153. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_n10_v2_2015.pdf>. Último acesso em 9 de março de 2017.

_______. Do direito de votar ao dever de participar: uma proposta para a melhoria da qualidade da democracia brasileira. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 11, n. 1, jan/abr 2016. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016b, pág. 93-116. Disponível em <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_n11_v1_2016.pdf>. Último acesso em 9 de março de 2017.

O QUE O JULGAMENTO DA ADPF 54 REVELA SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Natália de Souza e Mello Araújo

INTRODUÇÃO

Como vem afirmando o ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, o Supremo vem desenvolvendo um papel iluminista, na medida em que promove, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e, desta forma, empurram a história (BARROSO, 2017).

Ele afirma que, ao contrário do papel representativo do Supremo, que vem atendendo demandas de forte clamor social que não são solucionadas pelas instâncias políticas tradicionais, que são o Poder Executivo e o Poder Legislativo, as decisões tomadas quando do exercício do papel iluminista do Supremo não expressam necessariamente o sentimento da maioria da população.

Tanto o exercício do papel representativo quanto do papel iluminista vem sendo chamados de *judicialização,* que é quando questões relevantes do ponto de vista político, social e moral são decididas em caráter final pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2009).

Dentre estas decisões podemos citar a que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o caso em julgamento sobre os direitos dos transexuais, bem como o caso, em 2012, do aborto do feto anencéfalo.

O presente trabalho pretende analisar este último julgamento, de forma a observar (i) se o Supremo Tribunal Federal agiu como legislador positivo, se houve mera interpretação conforme à Constituição, bem como se atuou no exercício de seu papel iluminista e (ii) a questão da ausência de consenso nos votos dos relatores, de forma que o resultado final do julgamento compreende a mera soma de votos, mas jamais um consenso sobre relevantes questões sociais, como a do aborto de feto com anencefalia.

Há quem questione esse denominado iluminismo na atuação dos ministros do Supremo, sob o fundamento de que *"uma vez inicado o processo de "vanguarda iluminista", não há mínimo espaço para a noção democrática de respeito às formas do direito"* (TORRANO, 2016), no que diz respeito à competência para a realização de inovações legislativas, bem como ao sistema de freios e contrapesos.

Desta forma, a crítica é no sentido de que não há qualquer limitação do poder do Supremo Tribunal Federal, que passa a atuar livremente, sem delimitar sua própria autoridade, nem se sujeitando ao controle de outros Poderes e do próprio texto constitucional. Torrano prossegue, afirmando que

> Afinal, se seguirmos à risca o pensamento de Barroso, teremos invariavelmente um, e só um, critério para determinar se um caso pode ou não servir como "mola moral" da sociedade: o juízo individual, seletivo e interna corporis de "cautela, parcimônia e autocontenção", feito por ele mesmo[vii] ou, no limite,

> pelo colegiado da instituição jurídica que integra — o Supremo Tribunal Federal. (TORRANO, 2016)

Outra questão que é criticada neste posicionamento do Supremo é que não há mínimos critérios objetivos do que significaria avanço moral. Tal termo sempre será preenchido com concepções pessoais dos magistrados que, sob o argumento de "empurrar a sociedade para avanços civilizatórios", podem acabar manipulando o rumo de relevantes questões sociais, que contam com um forte clamor popular.

Cumpre, primeiramente, entender a controvérsia sobre o aborto do feto anencefálico, bem como analisar de forma breve os argumentos e fundamentos utilizados pelos ministros para proferir seus votos.

1. ANALISANDO A ADPF 54

Como já narrado, antes de adentrar nas questões referentes ao processo de decisão do Supremo Tribunal Federal, é importante que seja feita uma breve análise do caso utilizado como exemplo neste trabalho para ilustrar o que se pretende demonstrar – a Ação que provocou o STF a se manifestar sobre a questão da antecipação terapêutica do parto de gestação de feto anencefálico.

1.1 - A PETIÇÃO INICIAL: A HIPÓTESE E O PEDIDO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, oferecida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, representada por seu então patrono àquela época, Luis Roberto Barroso, pretendeu que fosse feita a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, para que, por meio destes dispositivos fosse de-

clarado direito subjetivo da gestante se submeter à antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo, desde que devidamente diagnosticada por médico habilitado.

O artigo 124 do Código Penal prevê o crime de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento e o artigo 126 tipifica como crime o aborto provocado por terceiros. Já o artigo 128 deste mesmo diploma prevê as excludentes de punibilidade, quais sejam, não haver outro meio para salvar a vida da gestante e se a gravidez resultar de um estupro.

Conforme trecho extraído da petição inicial, ao narrar a hipótese do caso em questão, a CNTS sustentou que

> Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores dos sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.

A tese defendida, portanto, é que a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. Afirma o querelante que o aborto é descrito na doutrina como a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto. Desta forma, a morte deve ser resultado direto da antecipação do parto. Ademais, outro requisito imprescindível para que se tipifique o aborto é a potencialidade de vida extra-uterina do feto.

Alternativamente, defendeu-se que a hipótese em exame está expressamente abrigada nas excludentes de punibilidade previstas no art. 128 do Código Penal, ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco à vida da gestante ou resultado de estupro. A ideia é que, à época da edição do Código Penal, qual seja, o ano de 1940, não havia tecnologia existente que possibilitasse o diagnóstico das anomalias fetais que fossem incompatíveis com a vida.

Outro argumento utilizado pela CNTS é o de que a permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa e pode gerar danos à saúde da gestante, inclusive, risco de vida.

Após estas breves considerações sobre a hipótese defendida na ADPF, bem como sobre seus pedidos, passaremos a analisar os votos dos ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal à época do julgamento, analisando se exerceram um papel iluminista, se agiram como legislador positivo e se houve algum consenso sobre a questão suscitada na inicial, qual seja, a atipicidade do aborto no caso de gestação de feto anencefálico.

1.2. BREVE ANÁLISE DOS VOTOS

A maioria dos ministros dedicou longas páginas de seus votos à questões de cunho humanístico, comparando a imposição estatal de que a gestante mantenha sua gravidez e carregue por nove meses um feto que, se não vier a óbito dentro de seu ventre, falecerá nos primeiros segundos de vida, ao crime de tortura.

Diversas questões relacionadas à saúde psíquica da mulher foram levantadas, como o dilema berço-caixão apontado pela ministra Carmem Lucia, que afirmou que ao invés de procurar um berço para seu filho, a mãe do feto anencefálico procura um caixão para enterrá-lo. Frases como “dar à luz é dar a vida, e não dar a morte”, mencionada pelo ministro Ayres Britto, foram presentes e constantes ao longo dos votos.

Desta forma, um dos fundamentos utilizados pelos ministros que votaram pela procedência da ADPF foi a ponderação de direitos que deveria ser feita entre a vida do nascituro anencéfalo, que não possui expectativa de vida extrauterina, e a saúde física e psíquica da gestante.

Sobre isso há que se destacar uma relevante questão: embora o resultado do julgamento tenha sido de oito[137] votos pela procedência da ADPF contra dois votos por sua improcedência, nem todos os oito ministros entenderam da mesma forma, isto é, nem todos tiveram a mesma *ratio decidendi*.

O ministro Gilmar Mendes entendeu, por exemplo, que não se pode utilizar a ponderação entre direitos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, para tutelar o direito da mulher de praticar o aborto, tendo em vista que o nascituro também é protegido por essa cláusula constitucional.

Este mesmo ministro entendeu também que não se trata de caso de saúde pública, ao contrário do que defenderam outros ministros, como Luiz Fux, que afirma que o aborto não é uma questão do Direito Penal, mas sim uma questão de saúde pública.

Outro ponto a ser analisado nesta decisão diz respeito à questão da tipicidade da antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico, isto é, se este caso configura o crime de aborto ou não.

Para a maioria dos ministros que votaram pela procedência da ADPF, a conduta é atípica, uma vez que o crime de aborto pressupõe que haja viabilidade de vida extrauterina – o que não é o caso do feto anencefálico.

Para o ministro Gilmar Mendes, no entanto, há tipicidade na conduta, tendo em vista a proteção jurídica que se confere ao nascituro - e o fato de que o feto anencéfalo pode nascer com vida, a

---

137. O julgamento final foi pela procedência da ADPF por maioria dos votos, de forma que oito ministros votaram pela procedência e dois pela improcedência. O ministro Dias Toffoli não votou, pois estava impedido.

qual terá maior ou menor duração, a depender de diversos fatores. Para ele, portanto, o fato é típico, mas deve ser interpretado como uma das causas excludentes de punibilidade, juntamente com o aborto necessário e humanitário, previstos nos incisos do artigo 128 do Código Penal.

Gilmar Mendes afirmou que a omissão legislativa sobre esta hipótese não condiz com o espírito do Código Penal e tampouco é compatível com a Constituição Federal e seus preceitos.

Neste mesmo sentido, no que tange à interpretação conforme à Constituição, tampouco houve unanimidade dentro dos oito votos. Isso porque o ministro Gilmar Mendes afirmou que a interpretação conforme a Constituição é apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

Desta forma, Gilmar Mendes preferiu tratar a questão como uma decisão manipulativa de efeitos aditivos, deixando claro que o Tribunal estaria atuando como legislador positivo, uma vez que estaria acrescentando mais uma excludente de ilicitude ao crime de aborto.

Este ministro afirmou de forma clara que o Tribunal teria legitimidade para suprir omissões legislativas incompatíveis com a Constituição, pois estariam causando entraves à efetivação de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. No entanto, ao contrário dos demais ministros, afirmou claramente que estaria atuando como legislador positivo, e não realizando interpretação conforme a Constituição.

Outra peculiaridade do voto de Gilmar Mendes, desta vez acompanhado pelo ministro Celso de Mello, é que ele determinou algumas condições de efetividade à sua decisão. Isso porque o ministro afirmou que

> não se pune aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por dois médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.

Deste modo, Gilmar Mendes, assim como Celso de Mello, impuseram condições à constitucionalidade daquela interpretação. Embora ambos tenham ficado vencidos no que se refere à estas condições, tal fato demonstra tanto a questão da atuação positiva de alguns ministros em determinadas decisões, como o fato de que, embora tenham convergido quanto ao voto final pela procedência da demanda, a *ratio decidendi* foi distinta em relação aos demais ministros.

Pode-se verificar, portanto, que cada um dos ministros previu condições específicas, com votos diferentes, e que todos os votos não se comunicavam. Analisando todos os votos e os debates é possível observar que não houve verdadeira deliberação, os ministros não estavam dispostos a ouvir e a fazer concessões em prol de um resultado único.

2. O ATIVISMO JUDICIAL

O debate sobre ativismo judicial é pauta certa na academia e vem sendo discutido, inclusive, por seus principais ato-

res, como é o caso do Ministro Barroso, já citado, ao defender um papel representativo e iluminista da Corte.

Pode-se afirmar, portanto, em análise bastante simplificada, que o ativismo nos tribunais judiciais e, principalmente, no Supremo Tribunal Federal, pode ser compreendido como uma maior interferência por parte das decisões do Supremo nos textos legais. Muitas vezes, desta forma, em nome da *interpretação conforme à Constituição,* verifica-se verdadeira alteração no sentido do dispositivo legal, ou verdadeira mudança na letra da lei.

Como exemplos destas situações pode-se verificar o caso no qual o Supremo aplicou, por analogia, a lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos, em razão da prolongada omissão legislativa para editar lei que regulamentasse esta situação.

Outro exemplo é o caso da ADIN 4277 e da ADPF 132 na qual, por meio do recurso da interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal excluiu qualquer significado advindo do art. 1.723 do Código Civil - que prevê expressamente a União Estável entre o homem e a mulher - que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Desta forma, há quem critique este fenômeno, como Torrano (2016), já referenciado, uma vez que ele representaria uma judicialização da política, um excesso de ativismo e que transformaria o Supremo no supremo julgador da moralidade, com base no foro íntimo de cada ministro.

No entanto, esta questão não é o cerne deste trabalho, que parte do pressuposto de que o Supremo possui legitimidade para desempenhar este papel e esta função, não obstante todo o debate no que tange à separação dos poderes, cláusula pétrea na Constituição Federal.

O problema apontado neste trabalho, desta forma, não é tanto a questão do ativismo judicial, principalmente no que tange à relevantes questões sociais e de grande polêmica na sociedade, mas sim a questão de que a legitimidade para tanto – entendendo que esta legitimidade exista – é do Supremo Tribunal Federal, e não do ministro de forma individualizada.

Esta individualidade mencionada pode ser observada, principalmente, no julgamento de casos emblemáticos e de grande clamor popular, como o caso da pesquisa com células-tronco, o caso da união homoafetiva e da antecipação terapêutica da gravidez no caso de feto anencefálico – que é o caso analisado neste artigo.

Nestes casos, os Ministros tem maior preocupação com a fundamentação de seus votos, de modo que estes costumam ser extensos e bem elaborados. No entanto, existem questões que explicam o principal fato aqui criticado – a falta de consenso entre os votos– como, por exemplo, o fato de que, normalmente, os Ministros já levam seus votos prontos para a sessão plenária, sem sequer saber os argumentos que serão levantados nos votos dos demais integrantes e, na maioria das vezes, sem estar disposto a mudar seu posicionamento.

3 - A *RATIO DECIDENDI* É DO TRIBUNAL OU DO MINISTRO?

Analisar e estudar o processo de decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal e de seus votos não é mera questão procedimental, mas é fundamental para que possamos exercer um maior controle democrático de suas decisões. Desta forma, parte-se de uma premissa no presente estudo, que é a de que a leitura minuciosa dos votos nos chamados *hard cases* no Supremo nos leva a conclusão de que falta coerência e clareza entre

os votos, isto é, os votos não se comunicam, de forma que raramente se encontra uma *ratio decidendi* do Tribunal colegiado.

Cabe-nos questionar, portanto, como as decisões do Supremo podem influenciar e até mesmo vincular as cortes e tribunais inferiores se não é possível reconhecer a ratio decidendi nos casos julgados pelo STF? O Supremo tem dado respostas claras à sociedade ao julgar casos difíceis? No caso em estudo, por exemplo, a antecipação terapêutica da gravidez de feto anencefálico é aborto? Ou seja, é fato tipificado no Código Penal?

Em palestra apresentada na Escola Superior de Guerra[138] (ESG-RJ)o Ministro Luis Roberto Barroso afirmou que estava movimentando seus colegas para que, ao final de cada julgamento em sessão plenária, todos fixassem uma tese de votação, isto é, uma única *ratio decidendi* da Suprema Corte sobre aquela determinada questão.

No entanto, esta não parece ser uma preocupação entre os demais ministros, embora esta ausência de consenso represente um obstáculo à legitimidade das decisões proferidas por aquele Tribunal, principalmente quando se tratam de casos em que o Supremo assume um papel mais ativo.

> Para além da discussão do STF como ator político, é preciso atentar para seu funcionamento institucional, até mesmo para colocá-lo, também, sob crivo público. Caso contrário, o STF, no sentido oposto que parece indicar seu recente "ativismo" e flerte em ser um Tribunal constitucional, permanecerá um palco de disputas de solução de casos pontuais e de maneira *ad hoc*, com um possível controle social apenas sobre a dimensão material e fática do caso. (VOJVODIC, 2009, p.21).

138. Palestra apresentada no Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, em Novembro de 2016, no Rio de Janeiro.

Até quando se tratam de julgamentos unânimes, como foi o caso da pesquisa com células-tronco, percebe-se que a *"unanimidade se dá tão somente com relação ao dispositivo da decisão, o elemento questionado por meio da ADI, mas não se reflete no momento da justificação dessa solução dada pelo Tribunal".* (VOJVODIC, 2009, p.31)

Como narrado anteriormente, uma inevitável consequência desta falta de deliberação e de consenso, isto é, do modo de tomada de decisão, é o elevado grau de personalismo atribuído aos seus julgamentos. Como afirma Vojvodic (2009, p.26), *"poder-se-ia falar em ratio do ministro, em uma linha de pensamento desenvolvida por ele e, inclusive, em aplicação de precedentes individuais. Não há, a possibilidade de extração de uma ratio coletiva, institucional."*

4. DELIBERAÇÃO: O INDIVIDUALISMO PREDOMINANTE NAS DECISÕES DO SUPREMO

O problema apontado neste artigo, referente à falta de uma decisão verdadeiramente colegiada, que não se reduza a uma soma de votos de procedência e improcedência, é consequência do processo de deliberação do Supremo ou, na realidade, da falta dele.

Como afirma Mendes (2013, p.8)), *"deliberação é uma forma exigente de interação no processo de tomada de decisão, por meio do qual razões de um tipo específico são trocadas na tentativa de persuadir e alcançar o consenso".*

Desta forma, a deliberação não deve ser como uma competição ou um duelo verbal. Os ministros, desta forma, não são obrigados a concordar ou descordar, mas devem estar comprometidos a encontrar a melhor resposta para os casos à eles submetidos, por meio de uma franca argumentação.

De acordo com Mendes (2013, p.10),

> É relevante que a corte “tente arduamente alcançar opiniões comuns”, como Ferejohn e Pasquino gostariam que fizesse a Suprema Corte americana. Quando o acordo substantivo se mostra impossível, os predicados formais do estado de direito – tais como a certeza, a previsibilidade e a segurança jurídicas – podem ser razões de segunda ordem a estimular concessões mútuas.

Desta forma, para que haja verdadeira interação do colegiado é essencial que os ministros, assim como os juízes e desembargadores que compõe um órgão colegiado, escutem e incorporem os fundamentos utilizados por seus pares, independentemente se irão aderir à eles ou deles dissentir.

Mendes (2013) narra que Virgílio Afonso da Silva realizou uma avaliação detalhada dos perfis de deliberação do STF, e afirmou que

> o STF é uma corte “não-cooperativa e individualista”, traços que se expressam e se reforçam, entre outras coisas, por meio da ampla publicidade e da engessada estrutura procedimental das sessões de julgamento (as quais consistem, fundamentalmente, na leitura de votos individuais, não na interação inter-pessoal). Decorrem também do particular estilo de suas decisões seriatim, nas quais cada voto escrito, frequentemente, já está pronto antes mesmo de o ministro conhecer os votos dos seus pares. Essa dinâmica impede, por exemplo, que surjam “votos dissidentes” genuínos, ou seja, que conversem com os votos majoritários por meio de argumentos e

> contra-argumentos. Há apenas um emaranhado de votos individuais que se classificam, após comparação entre todos os votos, como majoritários ou minoritários, posição que cada ministro não tinha como saber no momento em que o redigiu. (apud MENDES, 2013, p.18)

Segundo Oliveira (2012), esta crítica relacionada ao personalismo e individualismo nas decisões do Supremo não é peculiar ao caso brasileiro, sendo comum também em outras cortes supremas ao redor do mundo. Esta autora toma como exemplo a corte norte-americana, citando uma declaração do Justice Robert H. Jackson, na qual ele afirmou que *"a Suprema Corte funciona menos como um órgão colegiado deliberativo do que como nove Justices trabalhando em grande parte de modo isolado, exceto quando um deles procura consultar os outros".* (apud OLIVEIRA, 2012, p.141)

No entanto, há uma importante diferença entre o caso dos Estados Unidos e do Brasil no que diz respeito ao dissenso. É que na Suprema Corte norte-americana o Justice pode

> discordar da decisão e da fundamentação e votar em sentido contrário (dissent) ou pode concordar com o sentido da decisão e votar nesse mesmo sentido, mas discordar da fundamentação e apresentar fundamentação diferente (concurrence). Já na Corte brasileira o dissenso só é catalogado quando o sentido da decisão difere; para conseguir apreender o concurrence aqui é preciso ler a manifestação dos juízes nos votos individuais. (OLIVEIRA, 2012, p.142).

A crítica brasileira, portanto, é no sentido de que o Supremo Tribunal Federal funciona como um somatório de onze

votos individuais, e não como um órgão colegiado. As decisões emanadas do STF são, neste sentido, o somatório dos votos individuais de cada ministro, e não um voto da Corte, decorrente de complexa e comprometida discussão e argumentação dos ministros na tentativa de alcançar o consenso.

As sessões de julgamento do STF parecem, deste modo, uma disputa de egos, de forma que pela mera leitura dos votos e dos debates se percebe que não há intenção por parte de nenhum ministro de fazer concessões em prol de um resultado comum. Para Hirschan (apud MENDES 2013), tais sessões se inclinam ao que ele chamou de "super-produção de opiniões teimosas". Para ele, a solução contra este costume individual ou institucional estaria em que cada ministro tivesse tanto o prazer de ser um bom ouvinte como tem o prazer de ganhar um debate.

No entanto, cabe também ressaltar que, principalmente nestes casos de grande repercussão social e, consequentemente, grande cobertura da mídia - já que as sessões plenárias são televisionadas – o mais importante não é ganhar. Isso significa que a questão não é estar entre o grupo da maioria vencedora ou no grupo dos vencidos, mas sim marcar publicamente sua opinião individual. Mendes (2013, p.19) afirma que

O STF cultiva e premia a emissão de "opiniões fortes", que resistem, por princípio, ao contra-argumento para evitar qualquer sinal de fraqueza moral e intelectual. O STF seria, nos termos de uma recorrente metáfora musical invocada para ilustrar empreitadas cooperativas, não uma "orquestra", onde o todo é maior do que a soma das partes, mas um "tribunal de solistas", no qual o virtuosismo individual prevalece, em vez de se subordinar, ao ideal de um concerto.

> Diante do que foi exposto podemos concluir que, embora emanem hoje do Supremo Tribunal Federal deci-

> sões cruciais para a democracia brasileira, ele não tem sido um espaço em que predominem o argumento e a persuasão no processo de tomada de decisão.

Como afirma Mendes (2013, p.20), *"sob a perspectiva deliberativa, continua a ser um ente periférico e inexpressivo. Transformar um tribunal de solistas num tribunal deliberativo requer mais que rearranjos procedimentais. Exige que juízes, pessoalmente, entendam e valorizem o espírito da deliberação. Que se tornem, enfim, deliberadores".*

É primordial, portanto, que ajam como um Órgão colegiado, deliberando e argumento sobre suas fundamentações, de forma a que confiram legitimidade democrática e maior segurança jurídica às suas decisões, ao invés de se recusarem a agir e a falar na falar na primeira pessoa do plural.

CONCLUSÃO

Após tudo o que foi discorrido neste trabalho, cabe-nos responder às questões formuladas na sua introdução. Atrevo-me a concordar com o ministro Gilmar Mendes ao interpretar a decisão do Supremo no caso da ADPF 54 como uma atuação positiva do STF, no sentido de adicionar uma hipótese de excludente de punibilidade aos incisos do artigo 128 do Código Penal.

Isso porque, como narrado por aquele ministro, o nascituro possui proteção jurídica e, portanto, antecipar o seu parto é fato tipificado como aborto, ainda que este venha a falecer nos primeiros segundos de vida extra-uterina.

No entanto, entendo, assim como o referido ministro, que se o legislador tutelou a saúde psíquica da gestante no caso em que a gravidez resulta de estupro, ainda que o feto tenha viabilidade de vida extra-uterina, viola o espírito da Constituição e do próprio Código Penal o fato de não se tutelar o direito da gestante no caso do feto com anencefalia.

Quanto ao papel iluminista defendido por Barroso, levando em conta a sua própria conceituação do que seria este papel, e respeitando absolutamente às críticas feitas á ele de forma devidamente fundamentada, acredito que o Supremo tenha exercido este papel no julgamento deste caso.

E isso se deve ao fato de que, ainda que se trate de questão controvertida na sociedade, principalmente por questões ligadas à religião, tratava-se de uma relevante demanda social cuja omissão precisava ser preenchida para que fossem respeitados os preceitos constitucionais.

Em relação ao segundo ponto levantado na introdução, respondo utilizando-me de trecho do trabalho de Conrado Hubner Mendes:

> Se é verdade que o significado de uma constituição está menos em seu texto do que na jurisprudência que a interpreta e aplica, o significado da Constituição brasileira permanece fragmentado e instável. Continua refém das idiossincrasias de cada ministro do STF. Quando decisões se resumem, em última análise, a nada mais do que a soma das partes, precedentes não são firmados e nenhuma jurisprudência finca raízes no ordenamento constitucional brasileiro. (Mendes, 2013, p.19)

O fato de o Supremo ocupar uma postura política – afinal, há uma relação intrínseca entre o Direito e a Política – não é, por si só, um equívoco. No entanto, principalmente ao ocupar este papel, os ministros devem deter maior atenção ao processo decisório colegiado, uma vez que, além de ser necessária a coesão entre os seus votos, eles devem apresentar uma resposta segura à sociedade sobre os hard cases, de forma que possa servir como parâmetro para casos futuros.

Assim, existem diversos processos decisórios dentro de uma mesma instituição, de modo que os diferentes atores destes processos tomam suas próprias decisões. Ao falarmos, portanto, na decisão "do STF", ou sobre o que "o STF entende" sobre determinada questão, estamos apenas fazendo menção ao resultado das somas dos votos finais dos ministros, e não de fato da razão de decidir daquele Tribunal.

Do caso analisado neste trabalho, portanto, podemos concluir que "o STF" decidiu que deve-se excluir dos artigos 124 e 126 do Código Penal a interpretação que enquadra a interrupção da gravidez em caso de comprovada anencefalia. Para que se compreenda, no entanto, as razões que levaram o Tribunal à este posicionamento já é outra questão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: O Supremo, seus papéis e seus críticos. Disponível em http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo--seus-papeis-e-seus-criticos. Acesso em 27.05.2017.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novos modelos. Ed. Saraiva, 4ª Ed. São Paulo, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Palestra apresentada no Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia da Escola Superior de Guerra, em novembro de 2016, no Rio de Janeiro – RJ.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954. Acesso em 10 de agosto de 2016.

MENDES, Conrado Hubner. O Projeto de uma corte deliberativa. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2869701/mod_resource/content/1/CHM%20-%20Projeto%20de%20uma%20corte%20deliberativa.pdf. Acesso em 29.05.2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de Oliveira. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e "panelinhas". Revista Sociológica Política., Curitiba, v.20, n.44, p.139-153, novembro de 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. International Journal of Constitutional Law. http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2013-ICON-11-Deciding-Deliberating.pdf.

TORRANO, Bruno .Supremo Tribunal Federal não pode ter papel iluminista no Estado – Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista).

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Exorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance: 1º Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. Revista Direito GV, S.Paulo p.21-44/Jan-Jun 2009.

A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS É UMA GARANTIA OU NÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL?

Pedro Henrique Savian Bottizini

INTRODUÇÃO

Entre 1973 e 2015 foram realizadas várias mudanças de paradigma no que se refere ao Código de Processo Civil. E o novo Código de Processo Civil publicado em 16 de fevereiro de 2015 (Lei n. 13.105) expressa maior sintonia com a Constituição Federal de 1988, concebido este no regime de um Estado Democrático de Direito garantido pela própria Constituição Federal.

O novo Código de Processo Civil em seu artigo 3º, §3, de maneira explicita determina a conciliação, mediação ou ainda qualquer outro método, excluindo-se com isso a apreciação jurisdicional, realizando com isso um grande passo em busca de combater a razoabilidade do processo, eficiência e morosidade do processo. Princípios e normas já determinadas pela Constituição de 1988 e já introduzidas essas, na Consolidação das Leis Trabalhistas, lá em seu Título VI-A DAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA.

A legislação trabalhista tem o objetivo de proteção ao trabalhador com intuito de diminuir uma desigualdade existente entre empregado e empregador que se têm o princípio protetor. O Direito do Trabalho tem o papel de minorar as desigualdades sociais. O princípio protetor é fruto de toda a evolução histórica já narrada, com o intuito de, através da desigualdade jurídica, equiparar as partes desiguais economicamente, o qual por seus próprios argumentos encontra fundamento no art. 1º, da Constituição Federal, ou seja, "a dignidade humana e o valor social do trabalho". A flexibilização conduz à ideia de mitigação das formas rígidas, significando a modernização, trazendo ainda a intenção de adaptabilidade das relações de trabalho a eventuais problemas de cada momento.

1. A DEMOCRATIZAÇÃO E EFICIÊNCIA PROCESSUAL

As reformas processuais têm a missão de atualizar a legislação respeitando as bases processuais constitucionais que impõem a busca pela eficiência sem desrespeitar as garantias processuais constitucionais. A partir de 1990, inúmeras alterações foram implementadas no Código de Processo Civil a fim de incluir novas técnicas para atender ao movimento de acesso à justiça e a busca pela otimização do processo.

A reconfiguração que teria como mote a duração razoável dos processos e a celeridade seria estampada tempos depois no Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil e na Lei n. 11.419/2006 que regulamenta o processo eletrônico. Segundo Doglas César Lucas:

> A (in)efetividade jurisdicional reduziu-se à celeridade na sua prestação. Não que isso não tenha a devida importância, mas por causa do tempo, de-

> senvolvem-se paranoias, atropelam-se direitos e garantias estabelecidas para se ajustar a ele, para que se produzam respostas imediatas, ao tempo do mercado, levando o Poder Judiciário a cumprir o desconcertante papel de produtor de decisões em série para responder aos padrões e metas de eficiência, verdadeiro "Estado-empresário", precipitando a realização do direito. (LUCAS, 2005, p. 196)

O Judiciário foi inserido num contexto de exigência de produtividade numérica e de rapidez procedimental máxima. A doutrina passa então, a se esforçar para diagnosticar a etiologia e a concausa da crônica e excessiva duração dos processos em nossos tribunais, permeando o processo brasileiro com mecanismos aceleradores positivados como fórmulas para abreviação das demandas.

O direito material e o processo passam a ter que lidar com a urgência, com a resposta imediata, instantânea, e particularmente quanto à conflituosidade, ao juiz são devolvidas as hipóteses do passado para que como o "guardião de promessas", articule a inevitável retroatividade de suas intervenções com o sentido atual dos textos jurídicos, a versão contemporânea dos acontecimentos e ainda garantir a segurança jurídica – futuro. Tudo isso o mais breve possível.

Além das metas de produtividade criadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), merece destaque a implementação da Resolução n. 125 pelo CNJ em 2010, que dispõe sobre uma política judiciária nacional para o tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados. Incumbiu o Poder Judiciário da tarefa de oferecer outros mecanismos de solução de controvérsias além da solução adjudicada, em especial os chamados meios consensuais,

como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão quanto à adequação dos métodos à resolução de cada conflito. Nas palavras de Fabiana Spengler e José Luis Morais:

> Os tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Tal como a ampliação do acesso à justiça, a eficiência do sistema operacional, entre outras, incorporou-se, assim, a mediação e a conciliação no pacote de medidas, por serem considerados como instrumentos efetivos de pacificação social. (MORAIS, 2012, p. 162).

Entre 1973 e 2015 se desenvolveu uma mudança de paradigma no que se refere ao diálogo entre o Código e a Constituição Federal. O Código de Processo Civil publicado em 16 de fevereiro de 2015 (Lei n. 13.105) expressa uma maior sintonia com a Constituição Federal de 1988 do que o seu antecessor, até porque foi concebido no regime de um Estado Democrático de Direito garantido pela própria Constituição Federal.

Um processo civil democrático é a tônica da novel legislação processual, sendo que no seu primeiro capítulo, depara-se com um roteiro de regras e princípios que constituem as normas fundamentais do processo civil, dentre as quais destacamos o princípio da eficiência: "art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência". O princípio da eficiência é, portanto, uma cláusula geral

de regência dos processos, estabelecendo a harmonia entre a Constituição e a nova ordem processual.

A Emenda Constitucional (EC) n. 45/04 ao introduzir simultaneamente na Constituição norma assegurando a duração razoável do processo e a adoção de meios aceleradores das demandas (art. 5º, LXXVIII CRFB) gerou a sensação de que são termos que guardam a mesma natureza, mas ao revés, são singulares. Em comum, estes princípios visam evitar que o processo se perpetue excessivamente no tempo, mas, Barbosa Moreira (2001, p. 232) adverte que "se uma justiça lenta demais é má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional seja melhor do que é." O processo deverá ser célere, mas também responsável, primando pela redução de custos e atos processuais inúteis, ou seja, deverá orientar-se à maximização de sua utilização.

A eficiência qualificará a conduta do juiz e das partes dentro do escopo de um processo colaborativo que exige a conjugação de esforços entre todos os sujeitos para que se obtenha, em tempo razoável, a resolução justa e efetiva da controvérsia, sendo que a eficiência está ligada à prática jurisdicional, portanto, é uma partícula qualificadora da efetividade.

Pensar em um sistema jurídico eficiente demanda combinar eficiência administrativa e processual. Os perigos de se focar unicamente na eficiência quantitativa encontram-se principalmente na recidiva do conflito. Encerrar um conflito não significa resolvê-lo. O problema pode ser agravado por não ter sido tratado adequadamente, mas, por outro lado, a eficiência qualitativa, por vezes, reclama tempo, o que pode afetar a eficácia da decisão ao final, sendo assim, os dois modelos se complementam.

As metas do CNJ devem ser complementadas com a eficiência qualitativa na prestação jurisdicional. Obviamente que

falar em eficiência de modo abrangente sobre todo o processo individual civil pode soar extremamente complexo. Considerando isso, o sistema está a exigir um astucioso poder de gerenciamento processual pelo juiz dentro do ambiente cooperativo que o novo código de processo propugna no sexto artigo de suas normas fundamentais, de modo que a resolução do conflito se dê com a qualidade esperada pela sociedade.

As vias de diálogo mútuo devem ser esgotadas antes de ser solicitada a intervenção do juiz. Essa atitude um dever cívico e de responsabilidade social com o que concordamos, assim, essa atitude se enquadra no dever de cooperação que funda o Código de Processo Civil de 2015.

2. O ESTÍMULO À MEDIAÇÃO E À CONCILIAÇÃO

Coroando a ideologia que embasa o novo código processual brasileiro, é garantia fundamental que não será excluída da apreciação jurisdicional qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 3º CPC/2015), cuja solução integral do mérito deverá ser entregue em prazo razoável, incluída a atividade satisfativa (art. 4º CPC/2015) e para tanto, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e satisfativa (art. 6º CPC/2015).

A conciliação, a mediação e demais métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, até mesmo no curso do processo judicial, não obstante, a responsabilidade do Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º CPC/2015), perfazendo um modelo de justiça em que o juiz deverá promover o diálogo entre as partes e estas devem interagir para buscar a solução para a controvérsia, assim, a

cooperação assume importante papel na concretização de um acesso adequado à justiça.

Seguindo este atributo, o art. 139 do primeiro capítulo do título IV (Do juiz e dos auxiliares da justiça), estabelece no inciso V que caberá ao juiz dirigir o processo, cabendo-lhe promover a qualquer tempo, a autocomposição entre as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores. Interpretando literalmente este dispositivo, poderia concluir que seria possível a atuação do juiz como conciliador (o que já ocorre na prática) e também como mediador, de modo que seria uma faculdade a busca do auxílio de profissionais especializados para promover a tentativa de composição entre as partes. Humberto Dalla não considera uma condição ideal a condução de sessões de mediação pelo mesmo juiz encarregado de julgar a causa, pois:

> O princípio da confidencialidade, norteador capital da mediação, seria fatalmente fulminado nesta situação. Além disso, a formação do juiz, acostumado a praticar intervenções ortodoxas, não o permite desvelar as profundezas do conflito como se espera que a técnica da mediação alcance. (DALLA, 2012, p. 216).

Afim de viabilizar o trabalho de mediadores e conciliadores, a norma processual preceitua no *caput* **e no § 1º do art. 165, que os tribunais criarão centros consensuais de resolução de conflitos, cuja composição e organização serão definidas pelo respectivo tribunal, responsáveis pela realização de audiências de conciliação e sessões de mediação e também por programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, observadas as normas expedidas pelo CNJ. É um dispositivo que traduz o que já estava**

previsto na Resolução n.5/10 do CNJ, mas que assume um novo contexto, por estar prevista no código de processo.

Importantes previsões constam nos parágrafos 2º e 3º do mesmo dispositivo em comento. Para não pairar mais qualquer dúvida sobre a atuação do conciliador e do mediador, o legislador optou por distinguir objetivamente a mediação da conciliação com base na postura assumida pelo terceiro facilitador e pelo tipo de conflito:

> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
>
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Apesar de aparentemente desnecessária tal regra, já que deveria ficar ao encargo doutrinário traçar juízo teórico, o desconhecimento e a reiterada utilização indevida dos termos exigiu esta conduta legislativa. O art. 334 do CPC/2015 reflete o intuito conciliatório que se espera do magistrado na condução do processo judicial sob a novel legislação. Se a petição inicial preencher os requisitos legais e não for caso de improcedência liminar do pedido (art. 332 CPC/2015), o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, antes do oferecimento da contestação pelo réu. Será prioritário que, antes de qualquer decisão judicial, o magistrado busque a

reconciliação das partes, conforme preceitua o § 3º do art. 3º do CPC/2015, salvo quando a matéria não admitir a autocomposição (que é mais amplo do que direitos disponíveis), ou quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

As modificações causadas pela atual conjuntura econômica e oriundas da globalização têm se marcado pela busca do lucro e da flexibilização das normas de Direito Material e Processual do Trabalho. O princípio protetor, que objetivava equilibrar a desigualdade existente entre os interlocutores capital e trabalho, não tem conseguido o êxito almejado pelos legisladores pátrios, uma vez que as demandas judiciais aumentaram e a justiça trabalhista tornou-se impotente para solucionar tamanha quantidade de conflitos. A mediação como instituição jurídica surgiu da necessidade de desafogar o judiciário do volume crescente de ações e, principalmente, pela solução do conflito em tempo razoável.

Manoel Alonso Garcia (1973, p. 476) define a mediação como "a instituição jurídica destinada à atuação de pretensões – ou à solução de conflitos – ante um órgão designado pelas partes ou instituído oficialmente, chamado a formular uma proposta ou recomendação que carece de valor decisório".

Na mediação privada, o interessado comparecerá ao Núcleo Intersindical de Mediação ou outro órgão de natureza idêntica para solicitação da negociação, oportunidade em que informará dados do outro interessado e os motivos que ocasionaram o impasse. A mediação individual público-administrativa se instaura com a reclamação do trabalhador ao plantão fiscal ou seção de mediação de conflitos individuais nas Delegacias Regionais do Trabalho e Emprego, nas Subdelegacias ou nas Agências de Atendimento.

O auditor fiscal ou servidor administrativo verificará a procedência da reclamação e registrará as informações neces-

sárias à instauração do procedimento. Convidará o reclamado, para, em dia e hora determinados previamente, comparecer à seção ou setor competente para dar início à negociação. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 200)

A ausência do empregado à reunião marcada para a negociação, implicará o arquivamento do processo pelo auditor fiscal ou servidor administrativo que recebeu e acompanha o processo. Na ausência do reclamado, abre-se um procedimento administrativo fiscal a ser encaminhado ao setor de fiscalização e se esclarece o reclamante sobre a possibilidade de ajuizamento da reclamação na justiça do trabalho.

Na mediação ocorrida durante a homologação da rescisão de contrato de trabalho, normalmente o acordo fica registrado no verso do termo rescisório, cujo objetivo é subsidiar posterior denúncia por seu descumprimento. No processo administrativo de anotação de CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social), o auditor fiscal atua como mediador na solução do conflito, orientando as partes para a efetivação do registro e quitação das verbas salariais e fundiárias.

A globalização neoliberal elevou a concorrência entre produtos e serviços de países estrutural e economicamente diferentes, provocando, como consequência, falências e concordatas em diversas empresas, deixando, assim, o trabalhador desprotegido. Inicialmente, acreditava-se que a justiça do trabalho seria capaz de solucionar todos os conflitos entre capital e trabalho. Com a demanda crescente de reclamações trabalhistas, isso se tornou impossível, uma vez que o quadro de magistrados cresceu em progressão aritmética e o número de reclamações cresceu em progressão geométrica. (SUSSEKIND, 2004, p. 301).

3. DO PRINCÍPIO PROTETOR

Entende-se que somente através do trabalho é que o ser humano encontra sua dignidade sob o aspecto social, pois, exer-

cendo atividade produtiva se tornará útil à sociedade, a sua família e a si mesmo, desta forma, poderá proporcionar a si e a sua família a necessária subsistência, liberdade, dignidade e plenitude como ser humano. Ao procurar garantir o exercício do direito ao trabalho, seus pressupostos vão se concentrar na livre escolha de emprego, em meios de trabalho positivos e benéficos, bem como na proteção contra o desemprego.

Esse tem sido o enfoque dado pela nossa legislação, quando protege o empregado em detrimento do empregador, conforme Paulo João (1998, p. 25), quando diz que a característica do sistema brasileiro é de proteção ao trabalhador, sobretudo, quando se trata de garantir os ganhos derivados do vínculo de emprego. É essencial que o homem tenha consagrado o direito ao trabalho para que possa suprir as suas necessidades materiais mais primárias, além da plena realização de seus justos anseios. Dallari enfatiza a importância do trabalho:

> O trabalho faz parte da condição humana e por isso não pode ser tratado como coisa supérflua, ou então como se fosse somente mais um dos componentes na conjugação de elementos que irão propiciar benefícios materiais a alguém, assim, o trabalho para uns é atributo dignificante do homem. É o trabalho que aparece como um bem essencial para a preservação da vida, para a satisfação de desejos e necessidades, para a proteção da dignidade humana. (DALLARI, 1996, p. D5)

O Direito do Trabalho tem o papel de minorar as desigualdades sociais. O princípio protetor tem o intuito de, através da desigualdade jurídica, equiparar as partes desiguais economicamente. Antunes (1943, p. 206) alega que o princípio protetor é inconstitucional, pois é "contrário às bases do re-

gime econômico e político adotado pela Constituição Federal, em caso de dúvida, decida-se pela empresa". A respeito da desigualdade resultante do contrato de trabalho e da proteção privilegiada que recebe o empregado, Pinto salienta que:

> Dos embates gerados pela Revolução Industrial nasceu a certeza de que, nas relações de trabalho subordinado, a igualdade jurídica preconizada pelo Direito Comum para os sujeitos das relações jurídicas se tornaria utópica em virtude da deformação que o poder econômico de um provocaria na manifestação da vontade de outro. (PINTO, 1998, p. 109)

Firmou-se o preceito fundamental que dá o traço mais vivo do Direito do Trabalho: é relevante amparar-se com a proteção jurídica a debilidade econômica do empregado, na relação individual de emprego, com o objetivo de restabelecer, em termos reais, a igualdade jurídica entre ele e o empregador.

Calsing (1995, p. 106) diz que o princípio protetor é o maior dentre os outros inerentes ao Direito do Trabalho, "do qual derivam os demais princípios, que são como que filhos legítimos do princípio protetor". Ruprecht (1995, p. 09) prefere a denominação "princípio protetor" defendendo a sua necessidade para poder compensar as desigualdades econômicas e sua fraqueza diante do empregador, ainda que isso implique "uma violação do tradicional princípio de igualdade jurídica das partes, inclinando-se a favor de uma delas para compensar certas desvantagens".

O princípio protetor ao garantir a proteção parte hipossuficiente tenta igualar as partes, tenta compensar a desigualdade existente entre empregado e empregador, visto que o empregador é quem possui o poder econômico, possuindo então o empregado à proteção maior da lei, tratando de forma desigual aqueles que são desiguais e, somente de forma igual

aqueles que estão na mesma situação, conforme preconiza princípio da igualdade previsto constitucionalmente.

4. PROTEÇÃO X FLEXIBILIZAÇÃO

Uma alternativa para o confronto existente entre proteção e flexibilização seria a existência de um pacto social, segundo argumento lembrado por Hugo Bernardes (1993, p. 20), pois, para ele, no Brasil há o mito "tripartite", ou seja, de que a paz social na relação de emprego somente é possível com a presença do Estado, o que se crê que seja verdadeiro. Têm-se alguns conceitos interessantes dados por José Augusto Pinto sobre pacto social:

> Um acordo de vontades, estabelecido entre o Estado e as representações de trabalhadores e empresas, para determinar uma ampla política econômica de equilíbrio da produção e do emprego, que sirva de base para anormatização coletiva das condições de trabalho pelas respectivas categorias. (PINTO, 2002, p. 198)

Não há como se confundir a concertação social com o pacto social, pois aquela seria o processo de negociação para se definir políticas econômicas, sociais, trabalhistas etc., enquanto que os pactos sociais seriam os acordos que resultaram de discussões e contratos.

Uma das alternativas que se sugere como forma de tentar solucionar os problemas brasileiros seria o pacto social nos níveis federal, municipal, estadual, para tratar dos problemas do crescimento da economia, desemprego, educação, saúde, miséria etc. Não se pode deixar de mencionar que o sistema sindical, da forma como existe, é fruto do Estado Novo, ou seja, manteve o mesmo sistema de sindicatos, federações e confederações, não sendo resultado de lutas da classe operária, mas uma dádiva do governo.

A finalidade dos sindicatos é defender direitos e interesses da categoria. Esse agrupamento de pessoas lhes dá maior coesão e maior poder de barganha, permitindo a solução de entraves de forma mais célere, econômica e eficaz, inserindo-se nesse ponto melhores salários e maior dignidade nas condições de trabalho, devendo surgir entidades sindicais fortes e representativas para que se alcancem melhores resultados. Após a Constituição Federal de 1988, ficou ainda mais clara a importância da atuação dos sindicatos para a nova fase de flexibilização que se iniciou, devendo exercer o papel de base de sustentação para elas. Sobre o papel do sindicato, Eduardo Saad complementa:

> Funda-se o sindicato nos interesses e aspirações comuns de todos quantos trabalhem num mesmo ramo industrial ou comercial etc. Cabe ao sindicato defender os membros da classe quando seus interesses forem ofendidos ou ameaçados ou quando suas justas aspirações forem recusadas pelos empresários. (SAAD, 2000, p. 340)

Pode-se perceber que naquela época talvez até fosse justificável a existência dos sindicatos, intervindo, principalmente, na política salarial, ante os alarmantes níveis inflacionários, que defasavam dia a dia o salário do trabalhador, porém, nos dias de hoje, cabe aos sindicatos descobrir novas pretensões para sustentar um prestígio, hoje, já em baixa.

O sindicato, quando surgiu, o fora como forma de contrapoder, com forte poder oposicionista, o que atualmente não mais se justifica. Nesse sentido, a própria Presidente da República Dilma Roulself, já se manifestou, solicitando que deixem de pleitear apenas reajustes salariais para se tornarem parceiros do Estado na luta contra o fantasma da inflação.

Os níveis de desemprego atingem o sindicato, gerando reflexos quase que irreversíveis, pois que reduz o número de sindicalizados, o que provoca desmobilização dos trabalhadores, por isso, a classe operária desempenhará um papel cada vez mais importante na vida política do País na medida em que fortalecer sua unidade sindical.

A perspectiva flexibilizadora da Consolidação das Leis do Trabalho deve ter seu início pela modificação das bases sindicais, ou seja, pela mudança da estrutura sindical, implantando-se o regime da liberdade sindical e pondo-se fim ao monopólio da contribuição sindical obrigatória, que, na maior parte das vezes, desvirtua a finalidade do instituto. Tais modificações são fundamentais ao fortalecimento dos sindicatos, enquanto entidades representativas dos trabalhadores e como expressão da liberdade sindical. (NASCIMENTO, 2004, p. 130).

O empregador possui o poder de dirigir seu empreendimento e é natural que, em tempos de altos níveis de desemprego, o empregado se sinta temeroso ante o risco de ser despojado de seu emprego. Com a finalidade de igualar os desiguais foi que surgiu o princípio da proteção no âmbito do Direito do Trabalho, o qual reflete a igualdade substancial das partes, preconizada no âmbito do direito material comum e direito processual. Segundo Nelson Nery Júnior:

> Essa referida igualdade substancial tem por finalidade equiparar as partes desiguais, já que dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. (NERY JUNIOR, 2002, p. 43).

Depreende-se que a igualdade das partes idealizada pelo legislador não reflete sua mera projeção no campo econômi-

co, mas traduz-se numa "igualdade substancial" para assegurar a paridade entre elas, tanto no âmbito das relações de direito material quanto no âmbito do direito processual.

É certo que o procedimento de flexibilização assistida pelos entes coletivos culminará na geração de um mecanismo de compensação, substituindo o sistema heterônomo pelo autônomo, dado que entidades sindicais representativas certamente farão uso da autonomia privada coletiva, observando os padrões mínimos de proteção e trilharão o caminho da transação e não da renúncia de direitos. Ari Belntran afirma que:

> A flexibilização vem sendo admitida, em níveis distintos, tanto pelos neoliberais, a maioria dos quais querem a desregulamentação do Direito do Trabalho, quanto pelos defensores do Estado Social, que admitem a redução do nível de intervenção da lei, a fim de que:
>
> 1) Os sistemas legais se constituam de regras gerais indisponíveis, que estabeleçam um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, abaixo do qual não se concebe a dignidade do ser humano;
>
> 2) Esses sistemas abram espaço para a complementação do piso protetor irrenunciável ou para flexibilizar a sua aplicação mediante negociação coletiva, isto é, com a participação dos correspondentes sindicatos, aos quais cumpre assegurar a liberdade sindical, tal como prevista na Convenção da OIT, 87;
>
> 3) A flexibilização deve ter por objetivo:
>
> a) O atendimento a diversas peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais;
>
> b) A implementação de novas tecnologias ou até mesmo de novos métodos de trabalho;

> c) A preservação da saúde econômica da empresa e o emprego dos respectivos empregados. (BELNTRAN, 2001, p. 160)

A problemática da compatibilização da flexibilização com o princípio clássico da proteção e da imperatividade das normas laborais, que é a própria razão histórica e filosófica da existência do direito do trabalho como ciência autônoma, pode ser resolvida através de evolução interpretativa e da ampliação das categorias jurídicas. Até porque a proteção ao trabalho pode ser obtida por outros meios, que não somente a norma estatal, qual seja, por entes coletivos representativos.

Entende-se que para que se democratize as relações de trabalho se faz necessário um processo de valorização da liberdade sindical, pondo-se fim ao monopólio da unicidade sindical. O conceito de flexibilização conduz à idéia de mitigação das formas rígidas, significando a modernização, trazendo ainda a intenção de adaptabilidade das relações de trabalho a eventuais problemas de cada momento.

CONCLUSÃO

Primeiramente, que a conquista da proteção social foi o resultado da luta dos trabalhadores contra a exploração a que estavam submetidos, bem como concessão da classe burguesa que necessitava de pessoas com melhor poder aquisitivo para garantir a colocação no mercado dos produtos fabricados, e o Estado não lhes garantia um mínimo de direitos e proteção. Esses fatos resultaram em conquistas, passando então a ocorrer a intervenção estatal no contrato individual do trabalho, através de normas imperativas e princípios próprios, com a finalidade de proteger o empregado, até mesmo de sua própria vontade.

O Direito do Trabalho não é o mesmo. Tal mudança se fez sentir quando da promulgação da Constituição Federal

de 1988, quando se passou a privilegiar a negociação coletiva, permitindo, inclusive, a existência de cláusulas *in pejus* nos acordos e convenções coletivas de trabalho.

Não se deve proteger o capital em detrimento do trabalho, voltando ao *status quo* onde predominava o poder econômico em detrimento dos direitos dos trabalhadores, mesmo, porque o que se tem verificado na prática é que desregulamentação e a não intervenção estatal não influem no problema do desemprego, ao contrário, servem apenas de fomento ao mesmo, além de má distribuição de renda cada vez mais acentuada, em razão da inexistência do poder de barganha por parte dos sindicatos que representariam os trabalhadores nas negociações coletivas.

Também não é possível acreditar num sistema de Direito do Trabalho imutável, porque o fato social antecede ao Direito e não vice-versa, o qual reclama por transformações. Nesse diapasão, o papel do sindicato na atual conjuntura é essencial, suas funções e deficiências e a necessidade de se reavaliar a sua real importância e efetividade na solução dos conflitos surgidos nas relações de emprego devem ser revistas pela sociedade.

Em que pese ter em seu bojo algumas imperfeições, a Consolidação das Leis do Trabalho inegavelmente tem seus méritos relativamente ao resguardo dos direitos dos trabalhadores, parte hipossuficiente nas relações de trabalho. É certo que a legislação obreira deve ser alvo de aperfeiçoamentos, a fim de acompanhar a evolução da sociedade, porque não se pode ficar estagnados quando o mundo todo passa por severas modificações políticas, sociais e econômicas, fatores esses que inegavelmente interferem nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, J. Pinto. A interpretação das Leis do Trabalho. **Revista de Direito Social,** v. IV, n. 21, nov./dez. 1943, p.

BARROS, Cássio Mesquita. Pacto social e a construção de uma sociedade democrática. **Revista LTr,** n. 03, v. 52, p. 284-285, mar. 1988.

BERNARDES, Hugo Gueiros. Negociação coletiva no Brasil: a derrubada dos mitos. **Revista LTr,** n. 01, v. 57, São Paulo: LTr, 1993.

CARRION, Valentim. **Tendências contemporâneas do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O trabalho integra a condição humana. **O Estado de São Paulo.** 10 mar. 1996.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Inovações na legislação trabalhista:** aplicação e análise crítica. São Paulo: LTr, 2000.

DUARTE, Bento Herculano. Princípios de Direito do Trabalho. In: DUARTE, Bento Herculano (Coord.). **Manual de Direito do Trabalho:** estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução:** análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARCIA, Manoel Alonso. **Curso de Derecho Del Trabajo.** 4.ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1973.

JOÃO, Paulo Sérgio. **Participação nos lucros ou resultados das empresas.** São Paulo: Dialética, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo,** v. 102, abr./jun. 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A mediação e o CPC projetado**. Revista de Processo.** Rio de Janeiro, v. 207, 2012, p. 216.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho.** 2.ed. São Paulo: LTr, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1996.

ROMITA, Arion Sayão. A flexibilização e os princípios do Direito do Trabalho. In: PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). **Noções atuais de Direito do Trabalho:** estudos em homenagem ao Prof. Élson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1995.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.

SPENGLER, Fabiana; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem:** Alternativas à jurisdição. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT; Luiz Otávio Linhares. **O que há de novo em Processo do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1997.

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE SOBRE A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Thais Antonia Medina Correia

INTRODUÇÃO

O Brasil adota o modelo de separação dos poderes de forma não exclusiva, ou seja, não obstante eles possuam suas atividades típicas de legislar, julgar e administrar realizam funções atípicas quando exercem as prerrogativas uns dos outros, a fim de que seja preservada a harmonia e o equilíbrio entre eles. Ocorre que, essa estrutura inevitavelmente sofreu modificações devido à evolução política, histórica e cultural da sociedade brasileira, o que resultou em uma redefinição desse modelo e, atualmente, é possível notar maior ingerência judicial tanto nas decisões legislativas quanto nas políticas públicas administrativas.

A partir da Constituição Federal de 1988 foi iniciado um processo de judicialização que aumentou as funções do Poder Judiciário e lhe conferiu maior possibilidade de controle dos atos administrativos e legislativos com a finalidade de aplicar os princípios constitucionais. Transformou-se assim em uma

esfera capaz de interferir em políticas públicas buscando efetivar direitos, solucionar decisões políticas e sociais, evitar abusos de poder, corrupção e arbitrariedade administrativa.

Essa modificação aliou-se a Constitucionalização do Direito Administrativo fenômeno consubstanciado na inserção dos princípios constitucionais para realização dos atos administrativos, o que contribuiu para modificação do sentido estrito da legalidade.

As novas funções dos juristas ampliadas com a Carta Constitucional e a interpretação dos atos administrativos conforme os princípios constitucionais levantaram um questionamento no que tange ao controle jurisdicional dos atos administrativos dotados de discricionariedade, visto que, eles são executados de acordo com o mérito do administrador e interferir seria, em princípio, uma violação à separação dos poderes.

Diante dessas mudanças institucionais e paradigmáticas que ampliaram o conceito de legalidade e modificaram o controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário, o presente artigo vem esclarecer quais são os limites desse controle e se, de fato, isso implica em violação a separação dos poderes. Buscou-se, ainda, demonstrar se, ao controlar os limites de legalidade dos atos administrativos, o Judiciário pode modificar políticas públicas e se fazer isso é interferir no mérito e alterar planejamentos executivos.

1. OS DIREITOS SOCIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Modernamente, o Estado brasileiro adota um modelo intervencionista garantista segundo o qual deve atender amplamente as demandas sociais mais básicas da população e satisfazer os direitos fundamentais. A fim de realizar esses objetivos é necessário que exista organização financeira,

política e administrativa, por essa razão, a Administração Pública se dividiu em direita e indireta. Esse contexto faz aumentar a necessidade de controle dos atos e, como o Estado Democrático de Direito naturalmente amplia a capacidade de atuação do poder do judiciário, coube aos juizes zelar pelo andamento dessas finalidades.

Os direitos constitucionalmente previstos no artigo 6º da Constituição Federal fazem parte de um mínimo essencial de sobrevivência digna do cidadão, ou seja, o mínimo existencial. A dignidade da pessoa humana é o fundamento da Constituição Federal e dos direitos sociais, que devem ser concretizados, justamente, para preservá-la.

As pessoas precisam de condições materiais mínimas para viver de maneira digna, com integridade física e moral. Porém, é preciso ressaltar que, uma existência digna não significa apenas sobreviver, ou seja, viver além do limite da pobreza. A vida humana não se reduz a mera existência e a dignidade abrange, não somente a moradia e a saúde, mas também a cultura, a educação, o lazer, o trabalho.

Sobre o alcance do mínimo existencial, Ingo Sarlet dispõe;

> O mínimo existencial não abrange apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural (e mesmo, como já se sustenta mesmo entre nós, de um mínimo existencial ecológico ou ambiental) incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais[139].

---

139. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. Cap. 3.4.4.3.2. O direito à garantia de uma existência digna: a problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social,

Políticas públicas são, portanto, programas ou ações do governo que tem como objetivo concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e cabe ao Poder Executivo realizar essas políticas. São diversos os exemplos previstos pelo legislador constituinte para demonstrar a competência dos entes federativos. [140]

A característica principal dos Direitos Sociais é a necessidade de atuação do Estado para que sejam concretizados. É essencial que o poder público estabeleça instituições de auxílio, políticas públicas e instrumentos judiciais para que esses direitos sejam alcançados pelos cidadãos. Essa conjuntura estatal para concretizá-los demanda recursos públicos e custos financeiros que, por sua vez, são limitados e escassos. Tal situação traz à pauta a discussão a respeito da Reserva do Possível.

Trata-se da constatação segundo a qual, diante das infinitas necessidades sociais que não podem ser completamente satisfeitas (haja vista que a receita pública não é suficiente) surge a importância de serem feitas escolhas alocativas, ou seja, determinar como aplicar os recursos públicos, de que modo e por meio de quais mecanismos.

O professor e ministro Gilmar Mendes[141] explica essa alocação;

> Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender),

do direito à saúde e a à moradia.

140. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 5 de outubro de 1988. Art. 30. Compete aos municípios; VII- prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

141. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 668.

> configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de justiça social (macrojustiça). É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nesse contexto, a realização de escolhas alocativas são competência do Poder Executivo que detém a capacidade técnica e a discricionariedade para decidir como desenvolver as polícitas e como aplicar os recursos públicos. Trata-se, portanto, de uma escolha baseada no mérito do administrador e em fundamentos estratégicos e táticos. Em princípio, portanto, é função da Administração Pública desenvolver e executar políticas públicas sociais. O gestor tem o aparelho estatal, os contratos, a legislação, os profissionais a sua disposição para decidir como alocar os recursos públicos na efetivação dos direitos sociais.

Ocorre que, apesar dos esforços a Administração Pública não consegue atender a sociedade, seja em função da gestão desorganizada[142], seja por outros fatores políticos e governamentais.

Essa situação conduz, inevitavelmente, as indagações a respeito do papel que o Poder Judiciário desempenha na concretização dos direitos sociais que são constantemente judicializados em demandas individuais. Portanto, diante dessa ineficiência, as demandas judiciais requerendo direitos sociais vêm aumentando cada dia mais, deixando a critério do julgador a decisão de conferir ou não a pretensão.

142. Uma gestão desorganizada não se consubstancia tão somente pela falta de comunicação entre os órgãos e ineficiência dos gestores, mas também pode ser entendida como a dificuldade que existe na fixação da competência do ente federativo responsável por concretizar um determinado direito social. Isso inviabiliza a verificação da responsabilidade e prejudica a concretização do direito.

Atualmente, a valorização que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Poder Judiciário fez surgir o fenômeno do ativismo judicial que aumentou a participação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais por meio de decisões processuais individuais sem, contudo, observar a política coletiva macro criada pelo Poder Executivo em torno desse direito[143].

Como o juiz não pode se abster de julgar e como, em grande parte das situações, as demandas são legítimas pretensões requerendo direitos básicos - como remédios, internações, pagamento de salários atrasados - eles concedem o pedido. Nesse sentido, discorre a professora Vanice Lírio do Valle[144]:

> Mas é no campo do controle difuso, particularmente aquele que reclama omissões constitucionais do Estado, que se terá o terreno mais propício à judicialização da política – aqui não a partidário-deliberativa, mas aquela que expressa os planos de agir do Estado em cada uma das áreas que contemplam, direta ou indiretamente, um direito fundamental. Significa dizer que judicializa-se a irresignação do cidadão para com a não oferta ou a entrega deficiente de prestações que julga a si devidas – e o magistrado delibera quanto a essa indigitada omissão ou deficiência na ação e, a partir disso, redireciona políticas públicas, não só junto à Corte Constitucional (como se dá em boa parte da experiência internacional), mas também e especialmente no âmbito da justiça de primei-

143. O grande papel do judiciário em conceder demandas sobre direitos sociais que o Estado não consegue suprir também é reflexo do vácuo de representatividade no qual a sociedade brasileira se encontra. O sistema democrático atual não permite que as pessoas se sintam representadas pelo Executivo e nem pelo Legislativo o que tem gerado um fenômeno curioso de conferir maior credibilidade a capacidade técnica das decisões judiciais apesar de ser o único poder que não possui representantes eleitos pelo voto popular.

144. VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das Políticas Públicas no Brasil: até onde podem levar as asas de Icaro. Artigo, p. 13.

> ro grau, onde a proximidade com o jurisdicionado determina uma ótica da microjustiça.

Ocorre que, quando isso acontece e o juiz confere um direito social individualmente a um cidadão ele acaba interferindo em um plano maior da Administração. Ora, apesar de o Poder Público ser, em diversas situações, inegavelmente ineficiente, não se pode generalizar as mazelas tal ponto de afirmar que ele é completamente inerte no auxílio ao cidadão. Essa situação termina por limitar a discricionariedade administrativa. É o administrador quem deve definir para quem e como distribuir e alocar os recursos e não o juiz.

Diante disso, surge o questionamento: quando o juiz, em suas decisões, soluciona conflitos conferindo benefícios públicos individuais em face do Estado, ele interfere no mérito administrativo modificando a gestão maior das políticas públicas ou é legitima a sua decisão, pois ele apenas confere ao cidadão aquilo que ele tem direito e não pode mais esperar? Até que ponto o magistrado pode decidir uma tutela individual e conferir um benefício ao cidadão por avaliar que essa solução é melhor do que a solução do administrador?

Parte da doutrina afirma que, quando os juízes atuam cedendo a demandas individualizadas acabam por interferir na separação dos poderes, pois assumem para si o papel do executivo. Ademais, não conseguem analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.

Porém, argumentos contrários defendem que o Poder Judiciário deve de fato, concretizar direitos sociais quando há omissão da Administração, pois eles são essenciais para manutenção da dignidade da pessoa humana e os juízes não podem deixar de apreciá-los quando o mínimo existencial ao

cidadão é a questão em pauta. Além disso, a própria Constituição Federal prevê que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada do poder judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Nota-se, portanto, um conflito aparente entre o poder discricionário do administrador em alocar seus recursos e desenvolver as políticas públicas necessárias à sociedade; e o dever do poder judiciário em solucionar os conflitos relativos a violação dos direitos fundamentais e sociais quando tais políticas não são implemantadas na prática[145]. Para tratar sobre o tema, é necessário passar a análise do mérito administrativo e os contornos constitucionais conferidos a sua interpretação.

2. ATOS ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE DO MÉRITO DO ADMINISTRADOR

No exercício da função administrativa os atos podem ser vinculados ou discricionários. Uma atuação vinculada ocorre quando a norma jurídica descreve todos os elementos do ato, de modo que, o agente fica vinculado a eles, sem nenhuma margem de liberdade. Por outro lado, a discricionariedade, tradicionalmente, representa casos em que o legislador apresenta opções para o agente administrativo, que determina a sua escolha com base na conveniência e oportunidade do caso concreto[146].

Enquanto na atuação vinculada não existem margens para o subjetivismo, visto que só há uma solução possível diante de uma situação fática; na atuação discricionária o administrador precisa estar atento para escolher a alternativa mais adequada.

145. Um exemplo desse conflito é a judicialização da saúde. Por um lado os juízes atendem as demandas individuais daqueles que postulam por medicamentos ou leitos em hospitais. Por outro, acabam interferindo na organização da execução de políticas públicas que estabelecem critérios de atendimento e de recebimento de remédios e filas de espera de acordo com a gravidade da patologia, por exemplo, dentre outros parâmetros de gerenciamento. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 668-669

146. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Método, 2013.

Ele deve verificar os elementos que circundam a situação e decidir de acordo com sua própria conveniência e oportunidade, dentre as opções que o legislador apresentou na norma.

Não se trata, portanto, de uma atitude arbitrária do administrador agindo sem parâmetros normativos para delimitá-lo, pois ele está adstrito a legalidade. Embora o subjetivismo inexoravelmente exista o legislador tentou ao máximo diminuí-lo, razão pela qual, a lei impõe escolhas e o administrador, ao decidir por uma delas, precisa justificar e expor as razões de fato e de direito que o levaram a tomar uma decisão ou outra, dentre as que legalmente lhe era permitido optar. A discricionariedade, portanto, não é completa já que seus aspectos são sempre vinculados à lei.

Para a professora Di Pietro[147] a discricionariedade do administrador se justifica, principalmente, por dois fatores. Em primeiro lugar, para evitar o automatismo, ou seja, que os agentes administrativos sejam apenas aplicadores mecânicos da norma ao caso concreto. Em segundo lugar, porque o legislador não é capaz de prever todas as possíveis situações fáticas que serão enfrentadas durante o exercício da administração pública, e, portanto, é necessário que exista margem discricionária de opções disponíveis. Ademais, são inúmeras as necessidades coletivas e para que a Administração possa atendê-las, sua atuação deve ser flexível e não submetida a rigidez normativa. Impor ao administrador uma conduta padronizada diante de ocasiões diferentes poderia resultar em injustiças e decisões distantes do interesse público.

Quando, nos atos discricionários, o administrador precisa decidir com base em sua conveniência e oportunidade está-se diante do mérito administrativo. É uma prerrogativa reservada ao gestor pois ele detém o conhecimento técnico ne-

147. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 222.

cessário para realizar as escolhas de acordo com o interesse público. Desse modo, os atos discricionários devem respeitar não só a legalidade mas também o mérito administrativo.

> O mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existem nos atos discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública. Daí a afirmação de que o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos[148].

Tradicionalmente a doutrina entende que, uma decisão administrativa levada ao Poder Judiciário não pode ter o seu mérito modificado, pois isso significa violação da separação dos poderes. O administrador tem o poder de decidir sobre a conveniência e oportunidade de um ato porque o legislador entendeu que ele possui mais capacidade técnica; ele está constantemente próximo a inúmeras situações de relação entre administração pública e administrados para decidir se deve ou não praticar um ato, quando deve praticá-lo e se isso atenderá da melhor maneira o interesse público.

O juiz não detém a especialidade para decidir sobre questões administrativas e caso exista uma irregularidade nesses atos a própria administração pode revogá-los exercendo seu poder de autotutela. Ao magistrado cabe apenas a função de observar se o ato administrativo cumpriu os requisitos legais aos quais estava vinculado, apesar de ser revestido de discricionariedade. Caso o administrador não haja dentro desses limites, seus atos, embora discricionários, poderão ser anulados pelo magistrado. Desse modo, o controle judicial dos atos

148. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 226.

administrativos discricionários é feito através da observância da sua compatibilidade com a norma.

Sendo assim, o controle do mérito administrativo sempre feito pela própria Administração que tem o poder de revogar seus atos. Esse entendimento sempre foi um argumento capaz de frear eventual ingerência judicial na seara administrativa, entretanto, caso o judiciário seja provocado, poderá anular os atos considerados ilegais, controlando, portanto a legalidade mas não o mérito.

Ocorre que, diante de normas com conceitos indeterminados como por exemplo, interesse público, tumulto, situação emergencial, dentre outras expressões, cabe ao juiz interpretá-las e aplicá-las ao caso concreto[149]. Nessas categorias indeterminadas o controle judicial é realizado por meio da observância do respeito ou não, pelo ato, aos princípios constitucionais e administrativos de direito (como a proporcionalidade, a razoabilidade, a moralidade e a motivação), mas sem analisar os critérios valorativos que conduziram o administrador a efetivamente praticar determinado ato.

Não se trata, portanto, de uma interferência judicial no mérito propriamente dito, pois o juiz, mais uma vez, não poderá modificar a decisão administrativa se observar que os princípios foram respeitados e, de igual modo, não poderá revogar o ato por entender sê-lo inconveniente ou inoportuno. Na verdade, esse controle judicial do ato administrativo com fundamento nos princípios justifica-se pelo amplo sentido que o conceito de legalidade adquiriu em função da Constitucionalização do Direito Administrativo.

149. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun. 2012.

A partir desse fenômeno o princípio da legalidade adquiriu duas interpretações. Restritivamente, obedecê-lo significa editar um ato em conformidade com a norma, contudo, amplamente, significa respeitar também os princípios e em ambos os sentidos a legalidade limita a atuação administrativa[150]. Porém, essa ampliação reduziu a discricionariedade, na medida em que o controle judicial avançou sobre aspectos que eram considerados mérito do administrador[151].

As decisões judiciais que, portanto, invalidam atos administrativos discricionários porque consideram que eles não respeitaram a proporcionalidade, a razoabilidade ou foram desvio de poder, não são controle de mérito e sim, um controle de legalidade em sentido amplo. O objetivo é evitar que a Administração Pública atue com arbitrariedade sob o pretexto de estar usando a discricionariedade.

Nesse contexto, portanto, diante da competência que o poder judiciário possui para definir o significado dos conceitos jurídicos indeterminados nas situações concretas e solucionar os conflitos sociais e ainda, diante da desorganização estrutural que a administração brasileira se encontra para alocacar os seus recursos financeiros; o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais destaque quando decide questões públicas governamentais.

Aos juizes tem recaído a missão de tomar decisões políticas e efetivar políticas públicas. A realidade tem mostrado que, apesar de toda a discussão doutrinária acerca do tema, e

150. Com a Constitucionalização do Direito Administrativo, portanto, a legalidade adquiriu, além do seu tradicional aspecto formal; um aspecto material. Formal porque emana do Poder Legislativo e material porque precisa realizar os valores constitucionalmente previstos com o objetivo de vincular a lei aos ideais de justiça e prestigiar os direitos fundamentais do homem. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun. 2012.

151. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 227.

apesar de todos os autores definirem mérito administrativo e discricionariedade praticamente com os mesmos conceitos, o judiciário de fato, tem decidido em temas que são, em princípio, restritos a análise do executivo.

A realidade fática força a concluir e aceitar que não se cabe mais questionar se o poder judiciário pode ou não interferir no mérito administrativo dos atos discricionários no que tange as políticas públicas, visto que, a inafastabilidade do poder judiciário é um princípio constitucionalmente assegurado e essencial para a efetivação de direitos sociais fundamentais aos cidadãos.

Nesse sentido, os obstáculos econômicos do Estado que são usados para justificar a não implementação de uma política pública devem ser afastados diante dos direitos sociais mínimos para a manutenção da dignidade humana. A moradia, a alimentação e a saúde são exemplos de direitos que devem prevalecer em detrimento de recursos financeiros aplicados a outras áreas. A inércia do Estado diante de situações individuais que não tem direitos fundamentais não é capaz de afastar a atuação do juiz. Entretanto, é importante indagar quais são os limites da atuação do judiciário.

3. ADEQUAÇÃO DO PLANEJAMENTO DO ADMINISTRADOR COM A INTERFERÊNIA JUDICIAL

Como já foi elucidado anteriormente, diante da escassez dos recursos sociais e em razão das necessidades infinitas surge a obrigação de se montar uma estratégia capaz de definir “quem ganha o quê” e isso não é fácil, principalmente porque a sociedade é formada por interesses antagônicos, de modo que, enquanto uns querem a construção de uma escola, outros precisam de um hospital. Para solucionar esse conflito de in-

teresses invariavelmente o Estado precisa tomar uma decisão política para decidir onde alocar quais recursos e como.

Em um Brasil ideal essas escolhas dificilmente atenderiam a todos mas diante da realidade elas são ainda mais prejudicadas porque o próprio processo de escolha é maculado. Para piorar a situação como as políticas públicas são instrumentos que exigem orçamento, tempo e organização elas muitas vezes deixam de fora os casos urgentes de saúde, por exemplo, ou do sistema carcerário, que precisam de uma resposta e de uma solução imediata.

Nesse contexto, onde as falhas do sistema impedem a fruição dos direitos fundamentais por alguns, surge o judiciário como o único poder constitucional capaz de intervir e assegurar a correção de tais deficiências[152]. (art. 5, XXXV, CF).

Essa realidade tem se tornado cada vez mais presente na jurisprudência brasileira, inclusive, nesse sentido, o professor Daniel Sarmento aduz que "Atualmente, a melhor doutrina não aceita a ideia de que exista uma esfera de poder estatal absolutamente imune ao controle judicial, sobretudo em campo envolvendo direitos fundamentais[153]".

A inevitabilidade dessa realidade tem levado doutrinadores a estabelecerem métodos capazes de auxiliar os juízes a decidirem em conformidade com as políticas do Poder Executivo. O objetivo é tentar diminuir o abismo entre os poderes para que as decisões individuais de um não prejudiquem as decisões coletivas do outro.

A possível interferência judicial em uma política pública deve ser, acima de tudo, eventual e subsidiária. Essa é uma premissa básica para que possa haver harmonia nessa operação.

152. SABINO, Marco Antonio da Costa (p.357). GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro. Forense: 2013.

153. SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 209.

O professor Gustavo Binenbojm[154] determina alguns parâmetros chamados de standarts: ele estabalece que quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o controle judicial; quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos o poder judicial deverá interferir ; quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente legitimado via eleição, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; quanto maior o grau de participação social no processo de deliberação que resultou na decisão, menor deve ser o controle por parte do Judiciário; e quanto maior o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais, maior deve ser o controle judicial.

Dentro do mesmo contexto, porém como uma abordagem diferente, a professora e Procuradora do Município do Rio de Janeiro, Vanice Lírio do Valle[155] foi uma precursora no tema. Ela defende que o Poder Judiciário deve estar atento antes de proferir uma decisão de mérito em demanda individual que se relaciona a alguma política pública desenvolvida pela Administração Executiva.

O magistrado deve verificar se a política em questão está sendo, de fato, implementada e se está produzindo os resultados esperados antes de proferir a sua decisão. O objetivo é diminuir o choque entre a concessão individual de uma demanda e o planejamento macro da Administração.

Ela continua dizendo que a judicialização de uma questão somente permite deduzir que aquele que demanda não possui o que precisa. Por essa razão, é necessário que o juiz verifique

---

154. BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239.

155. A professora Vanice Lírio do Vale traz dois riscos da ingerência do poder judiciário. Primeiro, em sua concepção isso faz com que os direitos fundamentais sejam tratados sob uma perspectiva individual gerando seletividade entre eles ; segundo, a liberdade conferida ao judiciário para "corrigir" escolhas administrativas presumidas imperfeitas e redistribuindo bens da vida sem transparência ou imparcialidade.

se a falta de política pública decorre omissão do Estado efetivamente ou se existe uma ação política ainda que imersa em defeitos. É possível ainda, e cabe ao juiz averiguar, se a escolha de alocação dos recursos pelo administrador foi legítima e realizada de modo a não priorizar aquele determinado tipo específico de necessidade que se pleiteia individualmente (razão pela qual, não deve desafiar revisão judicial).

Portanto, uma análise global sobre o contexto do pedido autoral é fundamental para que a demanda seja concedida ou negada. Se o judiciário simplesmente conferir demandas individuais sem verificar amplamente o projeto administrativo sobre aquele determinado direito, as consequências são temerárias. Os poderes tem que agir em conjunto e harmonicamente e não inviabilizar o projeto um do outro.

CONCLUSÃO

Diante da realidade atual em que o mérito administrativo dos atos discricionários adquiriu uma interpretação flexível e também em razão de o Poder Judiciário possuir uma característica inafastável, verifica-se que não é mais eficiente questionar se o magistrado pode ou não intervir no mérito dos atos administrativos discricionários e modificar as escolhas do administrador quando o assunto são os direitos sociais e as políticas públicas.

Atualmente, o questionamento deve ser no sentido de descobrir qual é o limite dessa intervenção, visto que, na prática, ela acontece, ainda que, muitas vezes esteja "maquiada" com algum instrumento jurídico para justificá-la.

A distorção entre as funções das instituições se tornou comum e se transformou no nosso modelo de organização, tendo sido legitimado pela realidade fática que impõe papéis antes não previstos pela doutrina. A realidade altera os conceitos legais e faz com que o direito se adeque constantemente as mutações.

No Brasil, a sociedade conduziu o país (em decorrência de diversos fatores políticos, econômicos, legais e culturais) a um contexto em que simplesmente a Administração Pública tem dificuldades para atender satisfatoriamente aos anseios e necessidades sociais, enquanto o Judiciário foi se transformando no remédio mais eficiente.

Em meio a essa realidade, não se pode deixar de analisar o modo como a ingerência judicial ocorre e nem deixar de construir parâmetros para sua atuação, do contrário, corre-se o risco de perder o controle sobre as decisões e suas consequências.

A grande importância da necessidade de se criar modelos para orientar a interferência do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas é a construção de uma harmonia com os projetos efetivados pelo Poder Executivo. Apesar de serem autônomos, ambos fazem parte de uma estrutura muito maior e possuem o mesmo objetivo: efetivar os direitos sociais. Desse modo, não se pode simplesmente ignorar a atuação do outro e agir sozinho de forma individiual.

A modificação do atual enredo exposto no presente artigo cabe aos doutrinadores e a jurisprudência que são fontes importantes para elaborar mecanismos capazes de contornar os problemas que a sociedade possui no que tange a efetivação das suas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 222 – 229 e p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade*

e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*,. Rio de Janeiro. Forense: 2013, p. 133

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.. *Curso de Direito Constitucional*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 668-669

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, Cap. 3.4.4.3.2. O direito à garantia de uma existência digna: a problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social, do direito à saúde e a à moradia.

SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 209.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das Políticas Públicas no Brasil: até onde podem levar as asas de Icaro. Artigo, p. 13. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PBaGyXsQllQJ:www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo3.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br Acesso em: 15 maio 2017.

O ABUSO NA CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS E A ATUAL CRISE ECONÔMICA E FINANCEIRA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Thamires Correia Sierra
Carolina Barboza Lima Barrocas

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata do abuso da concessão de incentivos fiscais por parte do Estado do Rio de Janeiro, e como esse cenário contribuiu para a sua atual crise econômica e financeira.

Cada ente federativo tem autonomia e discricionariedade para conceder incentivos fiscais sobre tributos de sua competência, o que proporciona, sem dúvidas, desenvolvimento e crescimento local, visto que geram arrecadação e empregos. Contudo, em alguns momentos, esses incentivos são concedidos de maneira desordenada, o que pode prejudicar sensivelmente a arrecadação de um ente, provocando grandes perdas ao erário público, prejudicando ao invés de auxiliar em um maior desenvolvimento.

O caso mais recente e mais noticiado nos últimos tempos é a atual crise econômica e financeira do Estado do Rio de Janeiro, que chegou ao extremo de não conseguir arcar com os custos essenciais da máquina pública, como o pagamento de servidores e itens básicos para funcionamento dos seus serviços primários.

Nesse sentido, algumas notícias veiculadas nos principais meios de comunicação ressaltaram que os principais motivos para o colapso financeiro do estado fluminense seria a grande concessão de incentivos fiscais em conjunto com a baixa arrecadação do ICMS por conta da crise financeira do país, assim como a arrecadação dos *royalites* do petróleo, com o intuito de ser um escape para manter as contas estaduais, que sofreu uma sensível queda por conta da desvalorização do barril de petróleo e, de certa forma também, pelo escândalo que abateu a Petrobras.

O objetivo desse estudo é demonstrar o que são os incentivos fiscais, principalmente no âmbito do ICMS, e como tais incentivos podem auxiliar no desenvolvimento local, com uma maior circulação de recursos e com uma maior geração de empregos.

Outro ponto a ser analisado, é como esse excesso de concessões pode prejudicar ao invés de ajudar o desenvolvimento, reduzindo em grande escala a arrecadação, colocando, assim, em risco o planejamento econômico e o erário público, ressaltando nesse item, o pacote de austeridade analisado pela ALERJ, mais especificamente no que tange à suspensão dos incentivos fiscais.]

Por fim, diante do exposto, o presente artigo visa analisar se a grande concessão de incentivos fiscais foi um dos principais motivos para o colapso da atual crise financeira que assombra o Estado do Rio de Janeiro ou apenas foi mais um item que contribuiu para essa situação.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1- A GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL EM DECORRÊNCIA DA CONCESSÃO IRREGULAR DE INCENTIVOS FISCAIS NO ÂMBITO DO ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) tem escopo no art. 155, inciso II, § 2º, inciso I ao

XII, da CRFB/88, e regulamentação pela Lei Complementar n.º87/1996, alterada posteriormente pelas Leis Complementares 92/97, 99/99 e 102/2000.

Segundo o Professor Eduardo Sabbag (SABBAG, 2017. p. 1.223):

> A base nuclear do fato gerador é a circulação de mercadorias ou prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação, ainda que iniciados no exterior (art. 155, II, CF).

Insta ressaltar que o contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em uma grande proporção que demonstre o intuito comercial, circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que a se iniciem no exterior, conforme disposto no art. 4º, caput, da Lei Complementar n.º 87/1996.

Igualmente, os estados e o Distrito Federal que têm competência tributária para legislar sobre o ICMS, que, ao verificarem que tinham o poder de gerenciar uma das maiores fontes da arrecadação fiscal brasileira, utilizaram sua autonomia para conceder ilimitados incentivos fiscais a diversas indústrias e empresas.

Em relação ao incentivo fiscal, segundo os professores Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho e Pedro Lenza (RAMOS FILHO; LENZA, 2015. p. 316):

> É uma medida adotada pelo governo por meio da qual procura fomentar certa atividade econômica (incentivos setoriais) ou desenvolver determinada região do País (incentivos regionais).

Sendo assim, a concessão desses incentivos pode vislumbrar duas situações ou o crescimento setorial ou regional.

A possibilidade de concessão de incentivos fiscais tem previsão no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CRFB/88, sendo regulamentada pela Lei Complementar 24/1975, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispondo em seu art. 1º, parágrafo único, inciso I ao V, que a aplicação das isenções fiscais poderá ser realizada da seguinte forma: pela redução da base de cálculo, pela devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros, pela concessão de créditos presumidos, por quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus, e pelas prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Os incentivos fiscais podem ser concedidos por diversas modalidades, conforme disposto no art. 14, § 1º, da Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que não trata especificamente dos incentivos na ordem fiscal, mas da renúncia de receita: anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, isenção em caráter não geral, alteração de alíquota e modificação da base de cálculo.

Mas qual o objetivo dos entes federados em diminuírem sua arrecadação ou renunciarem ao recebimento dessa receita? No âmbito do ICMS, o ente federativo, ao conceder incentivos fiscais a essas indústrias e empresas que atuam ou irão atuar na sua localidade, tem o objetivo de promover o crescimento econômico e a criação de novos empregos naquela região, e, consequentemente, aumentar sua receita de outra forma, mais rentável ao longo do tempo.

No que tange à regulamentação da concessão de incentivos fiscais no plano do ICMS, há um discussão doutrinária, pois o art. 150, § 6º, da CRFB/88, dispõe que, como regra

geral, somente lei poderia regular tais concessões, enquanto que o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, do referido diploma legal, estabelece que os incentivos fiscais devam ser concedidos por deliberação dos Estados e do Distrito Federal.

Portanto, após muitas interpretações, concluiu-se que deveriam aplicar os dois dispositivos legais de forma cumulativa, pois, como acontece com outros tributos de sua competência, a autonomia dos Estados e do Distrito Federal em legislar sobre a concessão de incentivos fiscais no âmbito do ICMS, sem qualquer deliberação e submissão dos demais entes da federação e, diante da densidade demográfica do país, que contribuiu com um grande número de estados, poderia ocasionar uma instabilidade política e financeira de algumas regiões.

Contudo, apesar da tentativa de tentar inibir problemas com a concessão de benefícios fiscais no plano do ICMS, havendo a necessidade das questões passarem pelo crivo dos entes federados, com a finalidade de obter um ICMS uniforme e homogêneo em todo o país, tal procedimento tem ocasionado disputas entre os estados, cada um com intuito de atrair maiores incentivos para a sua região.

Os convênios no plano do ICMS não têm a função de conceder tais incentivos fiscais, mas tão somente possuem a função de preencher um requisito prévio obrigatório para que o ente federado possa editar a lei específica com a devida concessão do incentivo fiscal, sendo os Estados e o Distrito Federal destinatários dos convênios.

Insta ressaltar que o art. 1º, caput, parágrafo único, inciso I ao V, da Lei Complementar n.º 24/1975, dispõe sobre os tipos de incentivos fiscais (há também no rol a citação de incentivos financeiros) que poderão ser objetos dos convênios: isenções (não somente em caráter geral como ocorre na Lei de Responsabilidade Fiscal); redução da base de cálculo; de-

volução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; concessão de créditos presumidos; quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou finaceiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias (atual ICMS), dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus; e as prorrogações e as extensões das isenções que já foram concedidas.

Ainda em relação aos convênios interestaduais, qual a obrigatoriedade dos entes federados em face desses convênios celebrados? Os convênios criam uma obrigação entre todos os entes (art. 7º, da Lei Complementar n.º 24/1975), não sob o aspecto de qualquer Estado e do Distrito Federal em conceder quaisquer incentivos fiscais, mas que nenhum dos entes possa proceder com a exclusão dos incentivos, respaldado em certo convênio que tenha participado. Ou seja, o convênio não cria obrigações, mas tão somente permissivos para a concessão de benefícios.

Mas, afinal, se há a necessidade da deliberação dos Estados e do Distrito Federal por convênios, como ocorre a guerra fiscal? Conforme já relatado, os convênios obrigam os entes federados entre si, sendo apenas instrumentos autorizativos e não concessivos, havendo a concessão apenas por norma estadual ou distrital, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal de Justiça.

Porém, o art. 10, da Lei Complementar n.24/1975, dispõe que também serão objetos de deliberação, no que tange somente as regras gerais, os convênios que versem sobre a concessão unilateral de incentivos fiscais, especificamente, a anistia, a remissão, a transação, a moratória, o parcelamento de débitos fiscais e a ampliação do prazo de recolhimento. Portanto, em decorrência desse dispositivo legal foi que surgiu a tão temida guerra fiscal, pois nesse caso poderá haver uma concessão de incentivos fiscais de forma ampla por parte dos interessados.

O procedimento de criação dos convênios se divide em duas fases: a fase da celebração e a fase da ratificação:

a) Fase de celebração – tem por objetivo a deliberação dos Estados e do Distrito Federal em uma reunião no CONFAZ sobre suas propostas sobre a concessão de incentivos fiscais no plano do ICMS, previamente analisadas pelo COTEPE/ICMS. Havendo a necessidade de convocação dos membros de todos os entes da federação interessados, mas só havendo a necessidade da presença da maioria para a aprovação de determinado convênio.

b) Fase de ratificação – após 15 (quinze) dias da celebração do convênio, esse deverá ser publicado no Diário Oficial da União, iniciando-se a fase de ratificação, que consiste em incorporação ao do convênio ao ordenamento jurídico estadual ou distrital, mesmo àqueles que os membros não participaram da reunião de deliberação, através de decreto do chefe do Poder Executivo.

Após a celebração e ratificação do convênio, começa uma nova etapa, colocar em prática o que foi deliberado com os demais entes federados, ou seja, o Estado ou o Distrito Federal, por meio do seu Poder Legislativo, deverá criar normas, com a finalidade de colocar em prática o que foi celebrado entre os entes federados por meio dos convênios.

1.2 – O COLAPSO FINACEIRO E ECONÔMICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: CAUSAS E TENTATIVAS DE SOLUÇÃO

O Estado do Rio de Janeiro, após ter sua capital como sede dos jogos olímpicos, no ano de 2016, viveu seu maior colapso financeiro e econômico, devido a diversos fatores, não tendo receita para suprir as necessidades básicas da máquina pública, como o pagamento dos vencimentos dos seus servidores.

Conforme noticiado de forma ampla pelos veículos de imprensa, no dia 17 de junho de 2016, já no fim dos jogos olím-

picos, o governador em exercício, o Sr. Francisco Dornelles, decretou pela primeira vez na história calamidade pública em razão da situação financeira do ente público. De acordo com o Decreto n.º 45.692, de 17 de junho de 2016, o principal fundamento para essa tomada de decisão seria "a queda na arrecadação, principalmente, a observada no ICMS e nos *royalites* e participações especiais do petróleo".

Ressalta-se que a queda de arrecadação relacionada aos *royalites* e às participações especiais do petróleo se deu única e exclusivamente por conta dos escândalos que assombraram a Petrobras, e também pela desvalorização do barril de petróleo. Sendo assim, a exploração do pré-sal que teria anteriormente auxiliado na estabilidade da economia estadual, diante da grande queda dos preços do produto, também contribuiu para a então crise.

Conforme o gráfico abaixo, disponibilizado pelo site Inforoyalites, pode ser verificada a queda de arrecadação dos *royalites* e das participações especiais do petróleo desde o início da exploração do pré-sal, tendo como ápice a arrecadação nos anos 2012, 2013 e 2014. Contudo também fica evidenciada a queda significativa nos anos de 2015 e 2016:

Figura 1 – Gráfico demonstrativo da queda de arrecadação dos *royalites*

e das participações especiais do petróleo

Fonte: Site Inforoyalites

No entanto, cabe esclarecer que a arrecadação por meio da exploração do pré-sal, através dos *royalites* e das participações especiais do petróleo, foi tratado pelo estado do Rio de Janeiro como qualquer receita ordinária, ou seja, é uma receita prevista no plano orçamentário, que irá sempre existir como decorrência da atividade estatal, como por exemplo, a arrecadação do tributo de competência do ente público.

Contudo, o preço do petróleo, diferentemente dos tributos administrados pelo ente público, sofre influências externas, não podendo o estado fluminense editar medidas que possam conter a queda na arrecadação, como faz no âmbito do ICMS.

Ressalta-se que a receita advinda dos *royalites* e das participações especiais do petróleo é classificada como extraordinária, e, como tal, não pode ser direcionada para manter os serviços básicos da máquina pública. Essa receita deve ser direcionada às despesas extraordinárias e especiais.

Portanto, um dos principais erros do estado fluminense foi a incorporação de uma receita extraordinário ao seu planejamento financeiro anual, sabendo que não teria controle sobre o vasto mercado petrolífero, contribuindo para o colapso com a diminuição de uma receita que já era considerada como ordinário ao estado do Rio de Janeiro.

Mas o principal e mais grave problema para esse colapso financeiro do estado foi a queda da arrecadação do ICMS, sua principal fonte de renda, haja vista que foram concedidos abusivamente diversos incentivos fiscais de forma desordenada sem o estudo de quaisquer impactos que o erário público poderia suportar futuramente.

De acordo com o processo n.º 113.423-3/2014, que tramita no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCERJ), que realizou uma auditoria nas contas do estado fluminense no período de 20/10/2014 a 14/11/2014, verificou às diversas ilegalidades na concessão de incentivos fiscais, que comprometeram sensivelmente os cofres públicos.

Inicialmente, ao analisar o relatório realizado em 02/08/2016 pelo Conselheiro José Gomes Graciosa, a auditoria que constatou o colapso das contas públicas do estado fluminense, tinha apenas por finalidade a verificação do controle das receitas e das despesas do Comitê Organizador Rio 2016 (comitê organizador dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos 2016), assim como dos incentivos fiscais concedidos às entidades pela Resolução SEFAS n.º 293, de 12 de maio de 2010 (no âmbito do ICMS) e da Lei Estadual n.º 6.423, de 22 de março de 2013 no âmbito do ITCDM, do IPVA, da Contribuição de Melhoria e das Taxas de Serviços Estaduais), com o intuito economia nas aquisições de produtos e serviços para a realização do evento.

Contudo, a primeira ilegalidade que pode ser constatada nessas renúncias fiscais no âmbito do ICMS, é a forma como

foi incorporada ao ordenamento jurídico estadual, pois apesar de ter haver o Convênio ICMS 133, de 02 de dezembro de 2008, sendo devidamente ratificado, a sua incorporação foi realizada por meio de uma resolução da Secretaria de Fazenda, ofendendo os ditames constitucionais, haja vista a necessidade da incorporação jurídica por lei, como foi realizado na concessão de renúncias fiscais no âmbitos dos demais tributos.

Outrossim, os dados mais alarmantes do relatório do Tribunal de Contas são os valores que não foram arrecadados pelo estado fluminense em virtude da ampla concessão de renúncias fiscais, que do ano de 2008 ao ano de 2013 (antes da instauração da maior crise financeira e econômica do estado e ainda à época da grande arrecadação dos *royalites* e participações especiais do petróleo), atingem o montante expressivo de R$ 138.619.218.639,09, conforme evidenciada na planilha abaixo:

Volume de ICMS não pago em virtude de Renúncia Fiscal		
Ano	**Valor**	
2008	R$	11.287.103.718,28
2009	R$	16.595.734.367,47
2010	R$	16.659.494.149,98
2011	R$	34.580.737.258,21
2012	R$	27.174.655.963,95
2013	R$	32.321.493.181,20
Total	**R$**	**138.619.218.639,09**

Figura 2 – Tabela que demonstra o volume de ICMS não pago em virtude de renúncia fiscal

Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCERJ

Ressalta-se que além da queda expressiva da arrecadação do ICMS pelo estado do Rio de Janeiro em decorrência das concessões abusivas de renúncias fiscais, 25% de toda a

arrecadação no âmbito do ICMS deve ser repassado aos munícipios pertencentes ao seu território, conforme disposto no art. 158, inciso IV, da CRFB/88.

Portanto, com a obrigatoriedade desse repasse, não é somente o estado do Rio de Janeiro que tem seu orçamento prejudicado, mas também todos os municípios, principalmente os pequenos e médios, que muitas das vezes necessitam desse repasse para honrar com suas obrigações.

Importante destacar a análise do ilustre conselheiro do TCE/RJ, José Gomes Graciosa: "Em última análise, deve existir um equilíbrio, uma vez que, se os benefícios e incentivos fiscais aos contribuintes forem superiores aos benefícios fiscais e sociais obtidos pelo Estado, advindos da operação, restará configurado, sem contrapartida, o financiamento do setor privado pelo Estado."

Outra grande atrocidade realizada pelo Estado do Rio de Janeiro foi a concessão de incentivos fiscais às joalherias, que, em regra, não contribuem para o interesse público local, sendo evidenciado neste ponto o financiamento do setor privado pelo setor público. Sendo tais entidades inseridas pelo Decreto n.º 41.596, de 16 de dezembro de 2008, a um rol de tratamento tributário especial (Lei Estadual n.º 4.531, de 31 de março de 2005).

Insta ressaltar que as renúncias fiscais concedidas às entidades destinadas à produção de artefatos de joalherias atingiu um montante de R$ 230.716.759,28, no período do ano de 2008 ao ano de 2013, conforme evidenciado na planilha abaixo.

ICMS não pagos com base no Decreto 41.596/2008		
2008	R$	495.207,20
2009	R$	29.213.546,67
2010	R$	39.955.179,16
2011	R$	48.065.087,24
2012	R$	52.884.384,93
2013	R$	60.103.354,08
Total	**R$**	**230.716.759,28**

Figura 3 – Tabela que demonstra o montante de ICMS não pago pelas entidades destinadas à produção de artefatos de joalheria, com base no Decreto n.º 41.596/2008

Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCERJ

Oportuno também extrair a critica do ilustre Conselheiro José Gomes Graciosa, nos autos do Processo n.º 113.423-3/2014, que tramita no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCERJ): sobre a concessão de renúncias fiscais às joalherias:

> Repito, nada justifica, sob o ponto de vista do interesse público, a concessão de benefícios e incentivos fiscais para fortalecer a produção e comercialização de joias confeccionadas com metais preciosos, cujos produtos só podem ser adquiridos por contribuintes de elevadíssimo poder aquisitivo.

No citado relatório além das evidências absurdas de concessões grandiosas de renúncias fiscais, há um caso específico de renúncia fiscal antes mesmo da entidade beneficiada ter iniciado suas operações, tendo inaugurado sua fábrica no ano de

2014, mas usufruía de incentivos fiscais desde 2012, atingindo o montante de R$ 353.351.836,59.

Além de essa mesma entidade ter recebido o valor de R$ 5.908.906.000,00, da FUNDES (Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social), para a construção de sua fábrica. Ou seja, uma mesma entidade recebeu incentivos por duas vezes para a abertura de sua fábrica e início de suas atividades no estado fluminense.

O ilustre conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro conclui seu relatório demonstrando por meio dos gráficos abaixo, que há relação entre a ausência de arrecadação decorrentes da concessão abusiva das renúncias e o atual quadro econômico do estado do Rio de Janeiro:

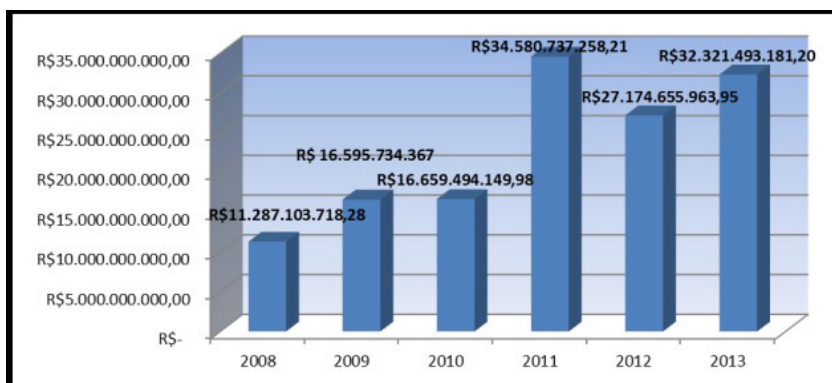



Figura 4 – Gráfico que demonstra os valores não arrecadados a título de ICMS, em virtude das renúncias fiscais

Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCERJ

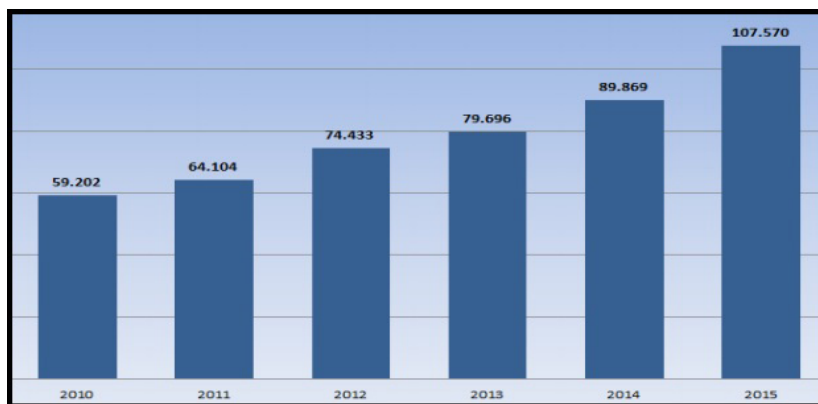



Figura 5 - Gráfico da dívida pública consolidada do Estado do Rio de Janeiro

Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCERJ

Ainda se faz necessário relatar que a crise financeira e econômica do Estado do Rio de Janeiro, apesar de ter atingido o seu limite no ano de 2016, já vem se arrastando por muitos anos, haja vista que as renúncias fiscais eram concedidas de forma irrestrita e, o ente público a fim de maquiar suas contas utilizava a arrecadação dos *royalites* e das participações especiais do petróleo e solicitava diversos empréstimos.

Em decorrência, principalmente, dos fatos narrados, o colapso financeiro e econômico instalou-se no estado fluminense, atingindo seu serviços essenciais, tais como saúde, segurança público e, inclusive, o pagamento de vencimento de servidores públicos ativos e inativos.

Diante de tal situação, no dia 04 de novembro de 2016, o governo do estado do Rio de Janeiro anunciou o denominado pelos servidores públicos estaduais como pacote de medidas de austeridades, que consistia em um conjunto de medidas para tentar controlar as contas públicas negativas.

O pacote de austeridade consistia no aumento das alíquotas da contribuição previdenciárias de servidores ativos e inativos

de 11% para 14% que tenham vencimentos superiores que tenham vencimentos superiores a R$ 5.189,82; desconto de 30% dos vencimentos dos servidores públicos durante um período de 16 meses, inclusive dos aposentados; o reajuste do bilhete único de R$ 6,50 para R$ 7,50 a partir do dia 1º de janeiro de 2017.

As medidas ainda dispõem sobre a extinção de algumas secretarias e a fusão de outras; o fechamento dos restaurantes populares; o fim do pagamento do aluguel social a partir de junho de 2017; fim do programa social vida melhor, que buscava dar auxílio financeiro à famílias de baixa renda, a elevação da alíquota do ICMS; no que tange aos órgãos que tenham receitas próprias, tais como o Tribunal de Justiça e a Defensoria Pública, deverão arcar com 50% dos vencimentos do seus servidores, durante um período de 16 meses.

O citado pacote de medidas de austeridade tem como previsão que os reajustes salariais concedidos em 2014 aos servidores públicos da área de segurança pública, que entrariam em vigor em 2016 e 2017, serão suspensos até o ano de 2020; a concessão de reajustes salariais não poderá exceder o patamar de 70% do crescimento da receita corrente líquida; a proibição de refinanciamento e anistia de dívidas decorrentes de tributos de âmbito estadual, a contar de um período de 10 anos.

Por fim, o citado pacote de medidas que tinham por finalidade a contenção da crise financeira do estado fluminense ainda estipulava a extinção de institutos financiados pelo estado do Rio de Janeiro, a retomada de cobrança de passagens de moradores da Ilha Grande e da Ilha de Paquetá ao se locomoverem à cidade do Rio de Janeiro, que tinham a direito à gratuidade nesse trecho; e, o corte de 30% (trinta por cento) das remunerações a título de gratificações dos servidores públicos comissionados e dos vencimentos dos funcionários do primeiro escalão, tais como o Governador e seus secretários.

Em análise pode ser verificado que muitas dessas medidas já deviam ter sido tomadas antes mesmo de ser deflagrados o estado de calamidade público do estado do Rio de Janeiro, tais como o aumento das alíquotas no âmbito do ICMS (e, principalmente o fim de renúncias fiscais discrepantes), a diminuição ou a fusão de algumas secretarias, que muitas vezes duas ou mais secretarias poderiam exercer a mesma função.

Porém, algumas das medidas propostas também são muito incoerentes, pois os servidores públicos estão sendo obrigados a exercerem suas funções sem receber seus vencimentos, que depende a sua subsistência. Ou seja, os servidores públicos estaduais estão sendo punidores pela má administração dos antigos e atuais gestores do estado do Rio de Janeiro, o que não poderia acontecer, apesar da atual situação econômica.

O pacote de medidas de austeridade começou a ser votado na ALERJ em 06 de dezembro de 2016, porém somente alguns pontos foram analisados no ano de 2016, tais como a permanência dos reajustes salariais do servidores públicos da área de segurança pública com vigência no ano de 2016 e 2017; a diminuição dos vencimentos dos servidores do primeiro escalão e das gratificações dos comissionados; proibiu a concessão de qualquer anistia total e parcial aos inadimplentes do ICMS por um período de 10 anos; à gratuidade concedida aos moradores da Ilha Grande e da Ilha de Paquetá só permanecerão aos moradores de baixa renda; aumento das alíquotas no âmbito do ICMS; limitação do subsídio a R$ 150,00 a pessoas com renda mensal de até R$ 3.000,00, a fim de assegurar a empregabilidade de alguns cidadãos.

Algumas medidas já foram rejeitadas ainda em 2016, tais como a extinção de programas sociais, sendo as demais medidas retiradas de pautas e serem analisadas apenas no ano de 2017, o que não foi realizado até fim do mês de fevereiro.

CONCLUSÃO

Esse trabalhou buscou analisar o colapso financeiro e econômico que acometeu o estado do Rio de Janeiro em decorrência de diversos fatores, mas, principalmente, pela concessão abusiva de incentivos fiscais, e, como, de certa forma, esse cenário poderia ser evitado.

É evidente que a crise na arrecadação dos *royalites* e participações especiais do petróleo contribuiu sensivelmente para esse colapso financeiro, haja vista que durante alguns anos foi uma receita extraordinária que contribuiu para a estabilização da economia fluminense. Porém, com a queda dos preços do petróleo, o estado do Rio de Janeiro viu o que seria um escape, tornando-se um dos grandes problemas do cenário financeiro e econômico atual.

Apesar dessa crise petrolífera, esse não foi o motivo principal para a crise financeira e econômica do ente público, pois o maior vilão foi sem dúvidas a baixa arrecadação no âmbito do ICMS, que, na qualidade de uma das maiores receitas de um estado, é responsável por movimentar grande parte da máquina econômica.

Conforme verificado no Processo Administrativo n.º 113.423-3/2014, que tramita no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, a baixa arrecadação do imposto estadual decorreu da concessão abusiva de renúncias fiscais, principalmente para facilitar a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, sem haver a realização de quaisquer estudos de impacto no orçamento público, gerando grandes perdas aos cofres públicos.

Contudo, para conter a crise, instalada pela má administração dos gestores do estado do Rio de Janeiro, esses criaram um pacote de medidas emergenciais (pacote de austeridades).

Insta esclarecer que em uma simples análise, que a população fluminense e, principalmente os servidores públicos estadu-

ais, deveriam arcar com o maior ônus dessa grande crise, que teve como principal objetivo o financiamento do setor privado pelo setor público. Até porque não teria cabimento, por exemplo, a concessão de renúncia fiscal a diversas entidades destinadas à produção de artefatos de joalherias. Qual o benefício poderia gerar ao estado? Em um análise fria, nenhum benefício, pois esse segmento só beneficia consumidores com alto poder aquisitivo.

Então, o que dizer de concessão de renúncias fiscais extraordinárias, que poderiam multiplicar em grandes proporções o faturamento de diversas empresas enquanto que o ente público estava com problemas financeiros, tendo até mesmo que solicitar empréstimos para honrar com as suas obrigações? A única explicação plausível para essa situação seria que a renúncia fiscal não tinha por objetivo o crescimento da economia local ou a geração de empregos, mas tinha tão somente cunho político de financiamento do setor privado.

E a maior aberração fiscal observada ao longo desse estudo, foi a concessão de incentivos fiscais a entidades antes mesmo de iniciarem as suas atividades, mesmo sendo essa beneficiária de outro incentivo para a construção de sua nova fábrica no território do estado do Rio de Janeiro.

Por fim, com base em todo esse estudo, é evidente que essa crise financeira e econômica do estado do Rio de Janeiro, a segunda maior metrópole do Brasil, era esperada, dada a irresponsabilidade de seus gestores na administração dos bens públicos e na concessão de benefícios fiscais ao setor privado, mesmo sabendo das dificuldades que poderia acarretar aos cofres públicos, que deveriam ter visado o bem público. Podendo, inclusive, tal colapso econômico ser evitado com uma reestruturação financeira do estado fluminense, tentativa essa que só ocorreu após a explosão da crise (ressal-

tando que a reestruturação necessária não poderá onerar de forma tão discrepante os servidores públicos).

REFERÊNCIAS

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; LENZA, Pedro. **Direito Financeiro Esquematizado.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADEIRA, Anderson Soares. **Manual de Direito Tributário.** 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro.** 13 ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

FRIEDMANN, Renato. **O que é guerra fiscal?** Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2011/07/o-que-e-guerra-fiscal.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2017.

VALINO, Reinaldo. **Concessões estaduais de incentivos fiscais.** Disponível em: <http://www.controlepublico.org.br/files/artigos_tecnicos/concessoes_estaduais_de_incentivos_fiscais.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2017.

BACELAR, Carina; NOGUEIRA, Danielle. **Estado divulga pacote de austeridade para enfrentar a crise.** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/estado-divulga-pacote-de-austeridade-para-enfrentar-crise-20409708>. Acesso em 12 de janeiro de 2017.

ROGGE, Clovis Agenor; DOMINGOS, Guilherme Moro. **Guerra fiscal do ICMS: Os incentivos fiscais irregulares e as glosas de créditos.** Disponível em: < http://docplayer.com.br/8565810-Guerra-fiscal-do-icms-os-incentivos-fiscais-irregulares-e-as-glosas-de-creditos.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

MEIRA JUNIOR, José Jullberto. **Uma visão crítica da substituição tributária.** Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21015-21016-1-PB.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

UMA INVESTIGAÇÃO CRÍTICA SOBRE AS VEDAÇÕES ÀS OPERAÇÕES FINANCEIRAS E A EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA EM PLANO GERAL

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, o presente trabalho versa sobre o endividamento público e a dívida pública, os quais merecem abordagem conjunta no que diz respeito às vedações concernentes às operações financeiras, com respaldo nos artigos 34 a 37 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar 101 de 4 de Maio de 2000.

Em primeiro lugar, mister se faz uma conceituação acerca de dívida pública. Segundo Ricardo Lobo Torres (2011, p. 219), o conceito em questão apresenta-se como restrito e previamente delimitado no âmbito do Direito Financeiro.

Em outras palavras, esclarece Tathiane Piscelli (2015, p. 101), quanto ao endividamento público, que "o Estado pode captar recursos externamente para suprir as necessidades públicas, nos casos em que as receitas auferidas ordinariamente não dão conta de fazer frente a todas as despesas que devem ser realizadas".

TORRES (2011, p. 219) assevera que “abrange apenas os empréstimos captados no mercado financeiro externo ou interno, através de contratos assinados com os bancos e instituições financeiras ou do oferecimento de títulos ao público em geral”. Nesse ínterim, o conceito de dívida pública abarcaria a concessão de avais e garantias, os quais podem ensejar endividamento.

Nessa senda, o tributarista dissocia as dívidas da Administração do conceito de dívida pública, mencionando, quanto às dívidas da Administração, o exemplo das condenações judiciais.

Em um segundo momento, o artigo em comento versa sobre a execução do orçamento público, sendo imperioso, portanto, um escrutínio concernente à própria realização da despesa pública, a qual se vincula a algumas etapas cuja observância não se faz despicienda.

A título introdutório, desenvolve-se o conceito de despesa pública. Segundo Tathiane Piscitelli (2015, p. 69), a despesa pública tem por finalidade o suprimento das demandas públicas, correspondendo, nesse ínterim, aos gastos despendidos pelo Estado para tanto. Diante disso, preserva-se a estrutura administrativa e se assegura a continuidade dos serviços públicos. Ela ressalta, também, que a realização de despesa pública depende de autorização legal.

1. REPERCUSSÕES DO CONCEITO DE DÍVIDA PÚBLICA

No tocante ao conceito de dívida pública, Régis Fernandes de Oliveira (2010, p. 646) engendra uma diferenciação entre o endividamento externo e o interno. O primeiro contempla uma hipótese na qual o empréstimo se obtém por intermédio de pessoa jurídica ou física externa, ao passo que, caso o detentor do crédito tenha sede no Brasil, nota-se a dívida interna. Kiyoshi Harada (2016, p. 735) atribui à dívida pública o conceito de “débito do poder público para com terceiros”.

Marcus Abraham (2010, p. 156) observa, inicialmente, a dívida pública a partir de um parâmetro amplo, explanando a dívida pública propriamente dita e a dívida pública consolidada. A primeira se relaciona ao conjunto de obrigações assumidas pelo Estado diante dos credores em razão de empréstimo público. A segunda diz respeito a obrigações inerentes aos empréstimo de longo prazo.

Quando do tratamento relativo ao endividamento público, Tathiane Piscitelli (2015, p. 115) o concatena à captação externa de recursos nas circunstâncias em que as despesas ordinárias necessitam de complementação, tendo em vista as necessidades públicas. A definição de dívida pública pode ser depreendida do artigo 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que a qualifica em duas modalidades, quais sejam, "dívida pública consolidada ou fundada" e a "dívida pública mobiliária".

Preconiza a autora que a "dívida pública consolidada ou fundada" associa-se ao prazo com relação ao qual foi assumida, de modo que, a fim de configurá-la, as obrigações assumidas tem que ser cumpridas de médio a longo interregno de tempo. Cabe ressaltar, ademais, que a Lei Complementar em exame ampliou o conceito de dívida pública com o escopo de englobar o art. 29, §§ 2º e 3º, bem como o art. 30, § 7º.

Quanto à "dívida pública mobiliária", ela sustenta que congregam os títulos emitidos pelo governo, com fulcro no art. 29, II, da Lei em epígrafe. Kiyoshi Harada (2016, p. 366) expõe que a doutrina clássica subdivide a dívida em dívida flutuante e fundada, sendo certo que a extensão do prazo é o critério regente da classificação ora em apreço, visto que, se o prazo for curto, a dívida é flutuante, enquanto que, se for longo, ela é fundada. Entrementes, a Lei vertente se distanciou dessa tradição doutrinária e equiparou a dívida consolidada à dívida fundada. Com a finalidade de esclarecimento do tema, colaciona-se a conclusão de Régis Fernandes de Oliveira (2010, p. 651):

> A dívida consolidada é o montante total das obrigações financeiras assumidas em virtude da Constituição, leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses. A dívida mobiliária é a decorrente de títulos emitidos pelos entes federados. A dívida flutuante é a assumida para pagamento no mesmo exercício. Como o texto da Lei de Responsabilidade Fiscal faz integrar no conceito de dívida consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses, desde que incluídas no orçamento(§ 3.° do art. 29), o conceito anterior de dívida flutuante se altera, ainda que seja a de certo prazo, sendo considerada fundada para efeito exclusivo de consolidação da dívida total.

Ainda sobre a dívida pública, Ricardo Lobo Torres (2011, p. 221) dispõe sobre a classificação de dívida pública atinente à vonluntariedade com a qual se assume a dívida. Nesse sentido, a dívida pode ser forçada ou voluntária. A dívida forçada decorre de ato de império do Estado, já a dívida voluntária provém da espontaneidade dos investidores e das instituições financeiras. Frise-se que a dívida voluntária se ramifica em flutuante, "quando, sendo dívida de curto prazo, deve ser paga no mesmo exercício financeiro" (TORRES, 2011, p. 221) e em consolidada ou fundada, quando o empréstimo é amortizável ou perpétuo.

2. VEDAÇÕES ÀS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Especificamente sobre operação de crédito, a Lei de Responsabilidade Fiscal conjectura a sua definição na inteligência do art. 29, III e §1⁰. Kiyoshi Harada (2016, p. 366) define, de forma simples, essa operação como "contratos de mútuo em

que figura como tomador o poder público". Insere-se, outrossim, o entendimento da professora Tathiane Piscitelli (2015, p. 102), de acordo com o qual as operações de crédito são meios pelos quais se gera a dívida pública. Nessa operação de empréstimo, logo, estão presentes a despesa e a receita.

Entre os artigos 34 e 37 da Lei Complementar 101 de 2000, estão compreendidas as chamadas vedações às operações de crédito ou, como prefere Valdecir Pascoal (2009, p. 117), "vedações em matéria de endividamento público". As proibições em foco passam a ser investigadas neste ensaio.

O artigo 34 consagra que títulos da dívida pública não poderão ser emitidos pelo Banco Central do Brasil a partir de dois anos depois da publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Tathiane Piscitelli (2015, p. 112) explica que a finalidade dessa vedação é a de imposição de limites ao endividamento público, eis que o Banco Central do Brasil precisa manejar a política monetária somente com os Títulos do Tesouro Nacional, razão pela qual se instituiu a vedação no viés de emissão de títulos nesse intuito.

Sabiamente, Kiyoshi Harada (2016, p. 368) desconhece o objetivo pretendido com a edição da norma insculpida no artigo 34. Ele ventila, sendo assim, que o Banco Central nunca teve essa competência. Segundo o autor, a Carta da República de 1988 permite "o Banco Central comprar e vender os títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros (art. 164, §2º)"(HARADA, 2016, p. 368).

O artigo 35, por sua vez, veda, em regra, que sejam realizadas operações de crédito entre entes da Federação. A proibição lastreada no art. 35 envolve os casos nos quais sejam realizadas as operações de crédito direta ou indiretamente pelos entes sob exame. Todavia, o §1º deste artigo exara algumas exceções à regra segundo a qual não são permitidas as operações de crédito na hipótese investigada.

Podem ser realizadas, então, operações de crédito entre outro ente da Federação, até mesmo suas entidades da Administração Indireta e as instituições financeiras estatais, com a ressalva de que não se destinem às operações ao financiamento de despesas correntes, bem como às operações que refinanciem dívidas não contraídas junto à própria instituição concedente.

Tathiane Piscitelli (2015, p. 102) considera o equilíbrio federativo como objetivo da regra em comento, na medida em que visa ao afastamento de pendências de natureza financeira entre os entes da Federação. Não se olvide, consoante a exposição da autora, que o artigo 35 assinala os termos "outro ente da Federação", haja vista que não pode haver operação de crédito entre o ente e a instituição financeira controlada pelo próprio.

É válida a alusão aos comentários de Valdecir Pascoal (2009, p. 117) sobre o artigo 35, os quais informam a nomenclatura "regra de ouro" como indicativa da proibição inscrita no supradito dispositivo legal. Em conformidade com os escritos do doutrinador, o artigo 35 da Lei de Responsabilidade fiscal é compatível com o artigo 167, III da Carta Maior. Com efeito, cumpre trazer à baila a compreensão do autor:

> impede que operações de crédito (receitas de capital) financiem despesas de custeio (despesas correntes) dos entes, como, por exemplo, despesas de pessoal. Com isso, procura-se assegurar que os empréstimos e os financiamentos só financiarão despesas que aumentem o Patrimônio Público.

Kiyoshi Harada (2016, p. 368) se posiciona no sentido de que o artigo 35, em virtude da interferência que gera na liberdade de contratação de operações de créditos quanto aos Estados e Municípios, viola o princípio federativo, abalizado como cláusula pétra na Constituição da República Federativa

do Brasil. Segundo o escritor, a permissão localizada no parágrafo único do art. 160 da Carta Magna propicia a conclusão de que é cabível sejam instauradas relações creditícias entre as entidades politicas e acrescenta: “inclusive por força de operações de crédito realizadas entre elas” (HARADA, 2016, p. 368).

O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento, na ADI 2250, de que o art. 35 da Lei sob perscrutação respeita a Constituição da República, tendo argumentado que o dispositivo legal não atenta contra a federação, visto que denota compatibilidade com o artigo 165, §9º, II, no ínterim das anotações arroladas pela professora Tathiane Piscitelli (2015, p. 113).

Tathiane Piscitelli (2015, p. 112), quando trata da vedação acerca do financiamento de despesas correntes, explicita que o objetivo da mesma foi o de evitar que o ente se endivide em decorrência de despesas de custeio. Nessa senda, mister se faz a exegese em consonância com a qual as despesas de capital devem justificar o endividamento dos entes, porque receitas próprias tem que financiar despesas usuais. Ela nomeia esse procedimento como “a regra de ouro da LRF”.

Quanto à vedação no que toca ao refinanciamento de dívidas não contraídas junto à própria instituição concedente do empréstimo, a tributarista ensina que se almeja, com a regra, seja evitado o ingresso em novas obrigações com o fito de suprir uma pendência anterior. Como a própria lei assegura, a única ocasião na qual se permite essa operação é aquela de que participam o ente e a instituição financeira, desde que esta seja a credora da dívida refinanciada.

A doutora em Direito pela Universidade de São Paulo registra que a norma encartada no artigo 35, §2º é fundamentada pela opção de investimento, pois, malgrado existam as vedações sobre as operações de crédito rente aos entes da Federação, os Estados e Municípios podem comprar títulos da dívida da União. Não se trata, assim, de operação de crédito em sentido estrito.

Em outras palavras, Tathiane Piscitelli (2015, p. 112) destaca que "nos casos em que um Estado adquire títulos da dívida pública da União, não se tem o endividamento da União perante o Estado, mas sim uma opção por um dado investimento financeiro, como qualquer outro".

Ainda a respeito do artigo 35, colaciona-se a ementa de um recurso de apelação julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

> APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO AVENÇADO ENTRE MUNICÍPIO E A COMPANHIA DE HABITAÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - COHAB PARA CONSTRUÇÃO DE CASAS POPULARES. VEDAÇÃO DO ART. 35 DA LC N. 101/2001 - LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. Não obstante a possibilidade de se admitir a procedência da alegação de nulidade do contrato de financiamento, ante a vedação legal imposta no art. 35 da Lei de Responsabilidade Fiscal, não se pode olvidar que o "[...] ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorreram sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável" (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 469)[156].

156. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação cível nº 113745/SC 2006.011374-5. Apelante: Companhia de Habitação do Estado de Santa Catarina. Apelado: Município de Anitápolis. Relator: Sônia Maria Schmitz. Julgamento em: 03/02/2010.

O julgado em questão cuida de apelação cível interposta pela Companhia de Habitação do Estado de Santa Catarina (COHAB) em face de sentença favorável ao autor, o Município de Anitápolis. A ação pleiteou o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de que o contrato de financiamento avençado entre o ente da Federação e a Companhia foi válido, inobstante tenha violado o art. 35, caput, da LRF.

Entendeu-se, em sede de julgamento da apelação, que, apesar da possibilidade de se reconhecer a invalidade do contrato de financiamento submetido ao crivo do Poder Judiciário (não observou o artigo 35, *caput*), o mesmo produziu efeitos concretos, os quais ensejaram a criação de relações jurídicas para pessoas de boa-fé, motivo pelo qual a sentença emanada em prol do Município mereceu mantença.

No que tange ao artigo 36, foi vedada a operação de crédito entre o ente da Federação que controle uma instituição financeira, enquanto benefíciário do empréstimo e a própria instituição. Para Kiyoshi Harada (2016, p. 368), o principal objetivo desta norma foi o de “evitar que os bancos estatais se transformem em fontes regulares de abastecimento do Tesouro da entidade política controladora”. Ele, dessa forma, reitera a importância da efetividade das normas delineadas no art. 37, *caput*, da Constituição.

O artigo 37 aclama as equiparações às operações de crédito, motivo pelo qual os incisos elencam casos em que opera a vedação. Tathiane Piscitelli (2015, p. 113) se lastreia na concepção de que o legislador teve por objetivo, no inciso I, a proibição de operações de endividamento que recebam amparo de receitas tributárias ainda não realizadas. Ela ressaltou, entretanto, que o legislador excepcionou o dispositivo legal ora em dissecação, permitindo a prática de substituição tributária (uma terceira pessoa antecipa o recolhimento de contribuição ou tributo).

A professora destaca, além disso, que o inciso II tem por fim a vedação aos empréstimos disfarçados, com a ressalva dos lucros e dividentes aos quais tenha direito o Poder Público. No que se associa ao inciso III, a proibição provém da impenhorabilidade dos bens públicos, de tal maneira que a vedação não alcança as empresas estatais dependentes, vez que são regidas pelo direito privado. O inciso IV pode ser fracionado sob dois aspectos: o primeiro é o de que deve haver previsão de toda despesa pública no orçamento, ao passo que o segundo é aquele de acordo com o qual se planeja coibir o pagamento posterior.

3. IMPLICAÇÕES DO CONCEITO DE DESPESA PÚBLICA

Tathiane Piscitelli (2015, p. 69) estabelece um cotejo entre as receitas e as despesas públicas: a satisfação das necessidades públicas (despesas públicas) se subordina ao manancial de receitas a fim de custeá-las. Além disso, a escritora alerta para a concomitância de dois conceitos acerca das despesas públicas. Uma parcela dos doutrinadores as analisa enquanto um agrupamento de gastos, ao passo que outra as entende como uma "aplicação específica do dinheiro público" (PISCITELLI, 2015, p. 69).

Afigura-se relevante, outrossim, trazer à baila o conceito de receita pública. Emana de Ricardo Lobo Torres (2010, p. 185), quanto à mesma, o conceito de que é um instrumento a partir do qual se almeja a realização dos gastos públicos. Em suas palavras, "receita é a soma de dinheiro percebida pelo Estado para fazer face à realização dos gastos públicos".

A despesa pública, conforme dispõe o autor, mantém uma relação notória no que tange à receita pública. Quanto ao conceito da primeira, ele o atribui ao conjunto de gastos realizados pelo Estado. Complementa, ainda, que o seu objetivo é o de "realização de obras e para a prestação de serviços

públicos"(TORRES, 2010, p. 194). Depreende-se, portanto, por via da comparação entre as obras do doutor em Direito e de Tathiane Piscitelli, que aquele se filia ao conceito amplo de despesas públicas, qual seja, o de soma dos gastos. Saliente-se, logo, que ambos elencam a estrutura administrativa e os serviços públicos como fins da despesa pública.

Historicamente, no tocante às despesas públicas, reputa-se importante colacionar a explicação de Premchand (1998, p. 62):

> O aparato de gestão de despesa teve que mudar na metade dos anos 70. Os déficits orçamentários tenderam a expandir por ocasião do aumento dos preços do petróleo e do uso de financiamentos inflacionários. O lema mudou de incorrer em despesas com desenvolvimento para conter a taxa de crescimento das despesas. Também tornou-se claro que a gestão de despesa não podia funcionar de uma forma neutra, como havia sido antes, dedicada mais ao exercício de controles, que visavam mais a responsabilidade financeira do que a estabilidade. Reconheceu-se que a gestão de despesa tinha que se ajustar ao contexto econômico em mudança, e que, no processo, o aparato gerencial teria que ser uma estrutura separada da política fiscal. A política fiscal, no contexto da metade da década de 70 e nos anos seguintes, visava a moderação na taxa de crescimento da despesa. Rapidamente, constatou-se, contudo, que o arsenal de gestão de despesa tinha muito poucos instrumentos que pudessem efetivamente moderar a taxa de crescimento da despesa. As normas e instrumentos de medição embutidos e o uso de planejamento a médio prazo reduziu o alcance da flexibilidade orçamentária.

4. O ORÇAMENTO PÚBLICO

Ademais, reputa-se válida uma análise sobre o orçamento público. Na concepção de Marcus Abraham (2010, p. 213), o orçamento público é "o instrumento de planejamento do Estado que permite estabelecer a previsão das suas receitas e a fixação das suas despesas para um determinado período de tempo".

Infere-se, nesse contexto, a função precípua do orçamento público no sentido de compatibilizar os seus gastos com as suas receitas. Repisa-se o planejamento como um dos principais alicerces do orçamento em apreço, visto que o intervalo de tempo ao qual se vincula a peça orçamentária depende de uma previsão adequada e coerente com a realidade fática apresentada.

Quanto ao orçamento público brasileiro, é válido citar o teor da tese de doutorado de Nelson Machado (2002, p. 48):

> A Lei nº 4.320/64, que estabelece as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços das entidades governamentais, e o Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, que coloca o planejamento como um dos princípios de orientação da administração federal, lançaram as bases para a implantação do Orçamento-Programa em todas as esferas de governo no Brasil. É importante salientar que, no Brasil, o início da implantação do Orçamento-Programa coincide com o período autoritário, onde a predominância do Executivo sobre os demais poderes pode ser observada, principalmente, na exclusão do Poder Legislativo do processo orçamentário e na profunda centralização, no Executivo Federal, da definição de normas, regras e classificações desse novo modelo orçamentário. A conseqüência dessa centralização foi a excessiva padronização do sistema de planejamento e

das classificações orçamentárias, o que, de alguma maneira, dificultou a implantação efetiva do Orçamento-Programa em toda a sua plenitude.

5. A EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Nessa senda, instaura-se um ensaio atinente à execução orçamentária. James Giacomoni (2010, p. 295) percebe a peça orçamentária como rígida no que pertine aos gastos públicos. Consoante perscruta o autor, as autorizações presentes no orçamento definem a execução financeira das despesas. Ao revés, a esfera privada, quanto à execução financeira, detém maior flexibilidade, na medida em que pode se distanciar do cumprimento do orçamento. No âmbito privado, logo, a peça em tela desempenha uma função orientadora.

A doutrina patrocinada por Marcus Abraham (2010, p. 254) aborda o ciclo orçamentário como "o conjunto de etapas que se inicia com a elaboração do projeto de lei, passa pelas análises, debates e votação no Legislativo, envolve a sua execução e controle e se encerra com a avaliação do seu cumprimento".

Assim, constata-se um itinerário de etapas no ciclo orçamentário, posto que envolve a confecção do projeto de lei, as discussões legislativas, a execução e, por derradeiro, o controle e uma valoração no que diz respeito às circunstâncias práticas.

Valdecir Pascoal (2009, p. 35) delineia considerações face ao ciclo orçamentário. Nesse diapasão, define-o como o intervalo de tempo no qual se externam os atributos do processo orçamentário. Essas atividades são a elaboração, a apreciação e votação, a execução e o controle, merecendo detalhamento os três primeiros. Em linhas gerais, o bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco exara a conclusão na perspectiva de que a elaboração congrega discussões relati-

vas a metas, estimativas, programas, obras, de tal sorte que, inclusive, a população participa, configurando o denominado orçamento participativo. Nesse contexto, as propostas de orçamento são constituídas.

No que diz respeito à apreciação e à votação, com o decorrer do processo legislativo, consigna o autor que é a etapa de valoração, pelo Poder Legislativo, das propostas encaminhadas pelo Poder Executivo. São resultados possíveis da referida avaliação, a rejeição ou a emenda das propostas. A terceira etapa abarca a execução, objeto essencial deste trabalho, que ocorre depois do processo legislativo, do qual resulta a publicação da lei orçamentária. Por instrumento de decreto, o Poder Executivo, na forma do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, prescreverá o cronograma de execução mensal de desembolso e a programação financeira (PASCOAL, 2009, p. 25).

Ato contínuo, investigar-se-á a realização da despesa pública. Kiyoshi Harada (2016, p. 66), em sua obra, ramifica a aludida realização em três etapas: o empenho, a liquidação e a ordem de pagamento. O renomado advogado sustenta que a realização de despesa se subordina à sua previsão orçamentária, nos termos do art. 167, II, da Carta da República de 1988. Analogicamente, o doutrinador fixa a peça orçamentária ao redor de uma moeda. Esse objeto contém duas faces, assim como o orçamento, que são as despesas e as receitas, devendo haver equilíbrio. Caso as regras de realização de despesas não sejam obedecidas, o agente público pode incorrer em crime de responsabilidade.

O estágio do empenho, outrora elencado, compreende, na modalidade do art. 58 da Lei n. 4.320 de 1964, "o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição." Para James Giacomoni (2010, p. 306), o empenho precisa ser interpretado para além do texto legal, sendo certo que "empe-

nhar a despesa significa enquadrá-la no crédito orçamentário apropriado e deduzi-la do saldo da dotação do referido crédito". Salienta, também, que o empenho concede uma garantia ao credor, porquanto respalda o crédito no orçamento. A realização de despesa, nesses moldes, exige o prévio empenho.

Em consonância com os ensinamentos de Régis Fernandes de Oliveira (2010, p. 395), há um documento no qual constam o valor a ser pago e a quem se deve pagar. Frise-se que o empenho se materializa pela emissão do documento em lume. Afirma, inclusive, que "nenhum empenho pode exceder o crédito previsto". O livre-docente da Universidade de São distingue o empenho da nota de empenho. Esta é "o documento que representa a autorização para pagamento", ao passo que aquele engloba uma garantia do credor.

Tathiane Piscitelli (2015, p. 51) identifica, em atenção aos artigos 58 e 60 da Lei n. 4.320 de 1964, três modalidades de empenho, quais sejam, o empenho global, o empenho por estimativa e o empenho ordinário. O empenho ordinário é o comum e aquele que mais se afere na prática. Nele, a Administração Pública conhece previamente o total da despesa e, assim, não há parcelamento do pagamento. Dessa situação, deduzem-se dois outros casos: o desconhecimento referente ao montante da despesa (empenho por estimativa), assim como a necessidade de parcelamento (empenho global). As outras modalidades de empenho residem nesses casos.

O segundo estágio de realização da dívida pública é o de liquidação e, conforme os ditames de Kiyoshi Harada (2016, p. 67), essa etapa se qualifica pelo exame do direito adquirido pelo credor face aos documentos que esteiam o crédito. Ressalva, outrossim, que a liquidação confere os atributos de certeza e liquidez à obrigação.

Na fase de liquidação, segundo James Giacomoni (2010, p. 308), as verificações podem ser mais amplas ou mais restritas a depender do caso concreto. Investiga-se, a título exemplificativo, se o contrato foi devidamente cumprido pelo credor.

O pagamento é o estágio final da realização da despesa pública, assim como circunscreve Ricardo Lobo Torres (2010, p. 198). Ainda de acordo com o eminente jurista, a ordem de pagamento é anterior ao pagamento. Tal ordem se consubstancia em despacho proveniente do "ordenador da despesa". Os estabelecimentos bancários ou as tesourarias empreendem o pagamento. Para o tributarista, os restos a pagar, em virtude do respeito aos direitos dos credores, permanecem no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que, se não for paga a despesa empenhada até o fim do exercício financeiro, os restos em tela serão quitados no ano seguinte.

É adequada a consideração de Régis Fernandes de Oliveira (2010, p. 403) quando relata que: "A ordem de pagamento passou a ser, a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, ato de suma importância, porque identifica o responsável como ordenador da despesa. Este é o responsável pela verificação da realidade do gasto público". Nesse âmbito, reitere-se a essencial função atribuída ao ordenador de despesa, a qual se resume em exarar um despacho ordenando pagamento e, com base na Lei de Responsabilidade Fiscal, averigua-se a realidade do gasto público.

CONCLUSÃO

O trabalho em tela trata, portanto, dos temas do endividamento público, das vedações às operações de crédito, das despesas e receitas públicas e, por fim, da execução orçamentária.

O endividamento público se justifica, segundo a doutrina, pela quantidade mais elevada de despesas em relação a receitas, de modo que, em decorrência da proporção em exame, surge a dívida pública. O Estado, enquanto gestor do

orçamento público, pode adotar medidas mediante as quais sejam desenvolvidas perspectivas no ínterim de conter o endividamento público, associando-se tal fator a reverberações mercadológicas na esfera econômica.

As vedações às operações de crédito têm a incumbência de obstar um maior endividamento público, consoante assevera o conhecimento doutrinário. Proíbe o artigo 35, a seu turno, em regra, que sejam efetuadas operações de crédito entre entes da Federação, ressalvadas as exceções legais.

Em virtude da aplicação de princípios constitucionais, averiguou-se que, inobstante o legislador tenha produzido as regras de vedação às operações financeiras, a jurisprudência vem relativizando a sua interpretação em alguns casos à luz da segurança jurídica, por exemplo.

O julgamento de uma apelação elucidou que, em que pese se tenha reconhecido a invalidade de um contrato, haja vista a violação ao artigo 35, *caput*, a avença gerou efeitos concretos, tendo constituído relações jurídicas no que toca a indivíduos de boa-fé, razão pela qual o contrato continuou produzindo efeitos.

Os Estado realiza gastos e, em função disso, precisa de uma receita que os comporte. Fala-se, nesse diapasão, em execução orçamentária, a qual é composta por diversas etapas, as quais devem ser cumpridas a fim de que sejam executadas as despesas.

Objetivou-se, nesse artigo, uma investigação sobre os temas acima referidos de Direito Financeiro, de tal sorte que cada seara do citado Direito congrega uma parte do ciclo orçamentário, o qual, em termos simples, se destina ao cumprimento das regras estabelecidas nas leis de cunho orçamentário, assim como de suas etapas.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GIACOMONI, James. Orçamento Público. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO, Nelson. Sistema de informação de custo: diretrizes para integração ao orçamento público e à contabilidade governamental. 2002. 221f. Tese (Doutorado em Controladaria e Contabilidade) - Faculdade de Economia, Administração Contabilidade,Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PISCITELLI, Tathiane. Direito financeiro esquematizado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

PREMCHAND, A. Temas e questões sobre a gestão da despesa pública. Revista do Serviço Público, ano 49, número 2, abril/junho, 1998. p. 62.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito financeiro e tributário. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

A MEDIAÇÃO NA DÍVIDA ATIVA E SUA VIABILIDADE CONSTITUCIONAL

Vanessa Velasco H. Brito

INTRODUÇÃO

O presente artigo cuida por demonstrar a viabilidade constitucional da adoção da mediação na dívida ativa. De início será aprofundado o próprio conceito de mediação para que o tema possa ser desenvolvido de forma satisfatória.

A mediação já era empregada na Grécia desde 3.000 a.C na Grécia, e lá era usual entre as pessoas tal instituto, tendo inclusive reflexo direto no modo como as pessoas conviviam entre si, com a comunidade, e principalmente, nos espaços institucionais.

Trata-se, portanto, de uma prática antiga que se revela nas mais diversas culturas, sejam elam judaicas, cristãs, budistas, hinduístas, indígenas, entre outras. Todas elas têm como tradição o uso da solução de conflitos através da mediação.

Na Roma antiga, por exemplo, já havia previsão quanto aos seguintes procedimentos: *in iure*, que seria na presença do juiz, e o *in iudicio,* na presença do mediador. À época tal instituto era utilizado como regra de cortesia, e não como Direito.

Assim como se utilizada nas tradições judaicas para solucionar os conflitos, foram repetidas nas comunidades cristãs emer-

gentes que consideram Cristo como o mediador supremo. É possível localizarmos na própria Bíblia[157] uma referência a Jesus como o mediador entre o homem e Deus, tendo sido utilizado esse conceito, posteriormente, para justificar o papel do clero como mediador entre Deus e os crentes. Na sociedade ocidental a igreja foi uma das principais mediadoras de conflitos.

Diante dessas considerações, conclui-se que a mediação nada mais é que do que um método alternativo para a resolução pacífica de conflitos, facilitando a comunicação entre as partes, através da ajuda de um terceiro neutro e imparcial, para que elas próprias procurem a solução consensual após confrontarem suas opiniões, e voltarem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos.

Michéle Guilleaume Hofnung (2007) afirma que *a mediação se define principalmente como um processo de comunicação ética baseada na responsabilidade e autonomia dos participantes.*

Dentre as formas de resolução de conflitos disponíveis na sociedade contemporânea umas são mais utilizadas que as outras pelo simples fato de estarem inseridas internamente no padrão de comportamento daquela sociedade, em razão das práticas sociais que se formaram ao longo do tempo.

No Brasil, por exemplo, o pensamento que se predomina na sociedade para por fim aos seus conflitos é por meio da obtenção da tutela via decisão judicial, apesar de sabermos que nos dias atuais tal via não é a melhor para a resolução de determinadas controvérsias.

O instituto em estudo além de ser mais ágil e econômico, é também mais eficaz do que o processo judicial. Isso porque o mediador acaba funcionando como um catalisador ao reaproximar as partes, de modo que por meio de uma negociação

157. "Pois há um Deus e um mediador entre Deus e o homem, o homem Jesus Cristo, que se entregou como redenção de todos, o que será comprovado no devido tempo." Timóteo 2.

entre as mesmas se encontre um acordo que atenda aos interesses de todos os envolvidos, sem que se tenha um ganhador e um perdedor, como acontece através de uma decisão judicial.

Como afirma Juan Luis Coloiácovo (1999) a mediação tem como suas principais características a voluntariedade, a confidencialidade, a flexibilidade e a participação ativa. Tem-se como voluntariedade, o fato de o mediador ser indicado ou aceito pelos envolvidos; a confidencialidade decorre do sigilo profissional; a flexibilidade se caracteriza em função do mediador possuir liberdade para gerir as regras a serem aplicadas ao processo; e por fim a participação ativa, que se revela na capacidade das partes realizarem o acordo sem se concentrar nas mãos do mediador o poder decisório.

Esse equilíbrio no diálogo entre as partes é uma das prioridades da mediação, pois é através dele que se alcança a pacificação dos conflitos, já que os envolvidos terão a oportunidade de se manifestar e de compreender as ações desenvolvidas.

Como leciona Felipe Dutra Asensi (2010) *a ênfase no consenso pelo diálogo possibilita o movimento de aproximação entre direito positivo e direito vivo, entre o Law in books e o Law in action. A partir do consenso, ergue-se a possibilidade de se assegurar direitos por meio de práticas concretas.*

Maria Teresa Sadek (2004) entende que essa busca pelo consenso pode resultar na concretização de experiências que acabem por despertar uma nova mentalidade: menos formalista, menos burocrática e mais atenta as demandas da cidadania.

Para isso, o presente trabalho busca desmistificar o entendimento razoavelmente consensual entre os cidadãos de que somente o Poder Judiciário, que hoje vive uma fase de superlotação processual, pode resolver os conflitos entre as partes.

Especialmente em relação ao uso do Poder Judiciário para fins de cobrança dos débitos fiscais pela Fazenda Pública. Tal

procedimento tem se mostrado moroso, custoso e ineficiente, segundo dados dos estudos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Nacional e pelo Conselho da Justiça Federal.

A mediação pelo poder público, inclusive nos créditos inscritos na dívida ativa, é uma das principais inovações da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, e tem amparo, inclusive, constitucional através dos enunciados no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, tanto no que se refere à harmonia social quanto à solução pacífica das controvérsias. Essa é a razão que leva Rodolfo de Camargo Mancuso (2004) a afirmar que

> O Estado-administrador pode (e mesmo deve) desempenhar sua tarefa de boa gestão da coisa pública em colaboração com os administrados, no contexto global da chamada democracia participativa estimulada em vários dispositivos da Constituição de 1988 (...).

Todos os setores da sociedade, bem como da Administração Pública precisam e devem contribuir para que a distribuição da justiça seja eficiente, tendo o cidadão a importante tarefa de colaborar com responsabilidade na busca do diálogo.

1. SOBRE A MEDIAÇÃO EM OUTROS PAÍSES

Nos Estados Unidos da América, a mediação passou a ser praticada desde o século XVII por seitas religiosas. Em 1913 com a criação do "U.S. Department of labor", passou o citado instituto a ser utilizado para solucionar litígios trabalhistas, onde um grupo designado com comissários da conciliação foram indicados para tratar dos conflitos entre funcionários e patrões. Este grupo, algum tempo depois se tornou o "Uni-

ted States Conciliation Service", e em 1947, foi reconstruído como "Federal Mediation and Conciliation Service".

Segundo Maria Inês Corrêa de Cerqueira Cesar Targa (2004) a mediação teve sua fundamentação teórica na Universidade de Havard, Cambridge-Boston, e foram Frank E. A. Saner, em 1976, que apresentaram um estudo com a intenção de ampliar o acesso à justiça, denominado de *multi-door courthous – Tribunal de muitas portas.* Tal tribunal receberia distintas demandas, e meios alternativos para solucionar conflitos, como o instituto em estudo; de forma que só em último caso seria pleiteada eventual tutela em juízo.

Em 17 de agosto de 2001, foi aprovada e regulamentada na conferência anual de comissários para uniformização de Leis, a "Uniform Mediation Act", para aplicação em todos os estados americanos, onde foi definida a mediação como um processo consensual, em que caberia aos estados a regulação de situações específicas locais.

Na área tributária, em especial, os acordos, no E.U.A, são vistos como uma espécie de conselho com integrantes da IRS (Receita Federal Americana), onde esses possuem prerrogativas próprias dos juízes, tais como: não poder reunir-se com uma parte sem que a outra esteja presente, e não poder conversar com advogados dos contribuintes sem a presença do Fisco. Tais medidas buscam equalizar o relacionamento entre os envolvidos.

Na França, esse instituto sempre foi usado paralelamente ao Poder Judiciário, até mesmo na ausência de norma regulamentadora, mas foi através da Lei nº 95.125 e pelo Decreto n 96.652, de 1996, que se buscou incentivar o emprego da mediação no país, como também a buscar um fundamento jurídico correto ao modo alternativo de solucionar litígios, de forma a assegurar a paz social.

Na Argentina, de acordo com Lília Maia de Moraes Sales (2003) a implantação da mediação adveio do Poder Ju-

diciário, com o Ministro da Justiça, León Carlos Arslanian, que procurou iniciar um Programa Nacional de Mediação. Tendo sido institucionalizada por meio de vários diplomas, e a primeira norma a dispor sobre o tema, foi o Decreto de nº 1.480/92 que declarou a mediação como de interesse nacional, a ser utilizado, através de um processo informal, voluntário e confidencial, aos conflitos judiciais e extrajudiciais.

Diante das experiências realizadas no país, acrescidas das práticas obtidas no exterior, o Poder Executivo argentino remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei que disciplinava a mediação e a conciliação, tendo sido convertido na Lei nº 24.573, sancionada em 25 de outubro de 1995, e regulamentada pelo Decreto nº 91, de 26 de janeiro de 1998, ocasião em que se instituiu em caráter obrigatório a mediação prévia.

3. A MEDIAÇÃO NO BRASIL

No Brasil a mediação vem ganhando espaço em vários setores, inclusive na Administração Pública, ocasião em que todos, seja o ente público seja o cidadão, buscam o mesmo objetivo: diminuir a quantidade de processos, garantir eficiência na prestação jurisdicional e um amplo acesso à justiça, promover o fortalecimento da consciência da cidadania, e primordialmente, promover a pacificação social, em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Um dos programas mais importantes a fazer uso da mediação no Brasil, o Programa Balcão de Direitos do Viva Rio[158] atua nas favelas do Rio de Janeiro desde 1996 com o objetivo de elaborar pesquisas e implantar políticas públicas a fim de promover "a cultura de paz e o desenvolvimento social", além de oferecer as comunidades carentes uma ferramenta para o exercício da cidadania.

158. Disponível em: http://gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/Balcao-de-direitos.pdf. Acesso em 24.04.2017.

Segundo o Diretor da Fundação Getúlio Vargas Joaquim Falcão[159] o programa já realizou mais de 70 mil atendimentos nas comunidades, por estudantes e outros voluntários, tendo, inclusive, sido utilizado para intervir em casos de conciliação matrimonial, trabalhista, consumerista, conflito entre vizinhos, entre outros.

Com o sucesso do programa, o Governo Federal passou o adotar como política pública, e estender aos demais estados da nação, tendo como ferramentas: a divulgação de informações a população, com aconselhamentos jurídicos, e o uso da mediação de conflitos.

No ano de 2015 foi lançado o Pacto da Mediação[160], em âmbito nacional, instrumento que promove o compromisso da sociedade de evitar a judicialização dos conflitos e de utilizar a mediação como meio adequado para solução diretamente entre as partes.

Cabe registrar mais uma inovação introduzida, ainda, no ano de 2015, no sistema jurídico nacional de solução extrajudicial de conflitos, qual seja, a autocomposição administrativa de litígios com a Administração Pública. Idealizada inicialmente como ferramenta de solução de conflitos internos entre os próprios órgãos de governo, a disciplina legal desse instituto foi além desse limite e ampliou o escopo da autocomposição administrativa também para os conflitos entre a administração pública e a sociedade em geral.

Por iniciativa da Advocacia Geral da União, grande parte da Lei 13.140/2015 veio disciplinar, entre outras matérias, a autocomposição administrativa de litígios com a Administração Pública, tratando detalhadamente da solução extrajudicial de conflitos envolvendo a administração pública federal, estadual, distrital e municipal; o que acabou por ampliar o universo dos métodos extrajudiciais de solução de controvér-

159. Idem.

160. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/pacto-mediacao.pdf. Acesso em 24.04.2017.

sias, pouco frequentado pelos governos que, como se confirmou pela pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, são os maiores litigantes judiciais do país.

A autocomposição administrativa poderá compreender novas ferramentas, quais sejam:

a) Mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (art. 33);

b) Transação por adesão em controvérsias jurídicas pacificadas por jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores (art. 35);

c) Resolução de conflitos entre particulares perante as agências e órgãos reguladores de certas atividades (art. 43); (iv) a composição de controvérsias jurídico-tributárias perante a Receita Federal do Brasil e sobre a dívida ativa da União (art. 38).

A disciplina legal para a autocomposição extrajudicial de conflitos envolvendo a Administraç**ão Pública representa um inovador avanço para reduzir significativamente os milhões de processos levados ao Judiciário**, onde a Fazenda Pública se encontra em um dos polos da relação processual, representando a citada norma um marco no sistema brasileiro quanto à redução da litigiosidade judicial bem como de pacificação social no Brasil.

4. A MEDIAÇÃO NA DÍVIDA ATIVA

Nas últimas décadas, o aumento da litigiosidade elevou sobremaneira o número de causas com resoluções pendentes no Poder Judiciário, o que muitas vezes leva o jurisdicionado a já não mais esperar efetividade em seu resultado.

O retrato das execuções fiscais no Brasil é alarmante, representando cerca de 50% (cinquenta por cento) das ações em cur-

so, e esse percentual se repete nos Estados e Municípios, conforme estimativa do *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça - CNJ[161]. Em contrapartida, o índice de arrecadação pelo Poder Público não atinge nem 1% (um por cento) do crédito inscrito em dívida ativa, e mais, a maioria dessas execuções paralisadas é alcançada pela prescrição intercorrente.

Segundo Pesquisa do Instituo de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), divulgado no Comunicado nº 83[162], de março de 2011, o custo de um processo de execução fiscal na Justiça Federal leva em média 2.989 dias para ser julgado, ou seja, mais de oito anos. E o custo médio de um processo de execução fiscal é de R$ 4.368 (quatro mil trezentos e sessenta e oito reais) para os cofres públicos, sendo essa quantia muitas vezes gasta, sem a Fazenda Pública lograr êxito com a demanda.

Constata-se, pois, através desses dados, que a tramitação do processo de execução fiscal é lenta, custosa e essa morosidade gera consequências drásticas para a sociedade, já que os tributos são fundamentais para a própria existência do Estado, que deles depende para atingir seus objetivos constitucionais.

É importante destacar ainda que tal situação produz graves distorções nos mercados, sendo profundamente danoso para a livre concorrência, uma vez que as empresas que honram suas obrigações fiscais veem-se na contingência de concorrer com aquelas empresas que protraem no tempo o pagamento de tributos, valendo-se da ineficácia do procedimento de cobrança fiscal.

A execução fiscal está regulada pela Lei nº 6.830 de 1980, e se desenvolve integralmente através do Poder Judiciário. Nos termos desta lei, todo o processo, desde a citação do contribuinte, até a sua conclusão, com a arrematação dos bens e a satisfação do crédito, é judicial.

161. Relatório Justiça em Números 2014

162. www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf

O processo judicial é a última etapa da relação jurídica tributária, eis que seu objetivo é tão somente concretizar o estabelecido nas normas gerais de direito tributário. É o modo que a Fazenda Pública tem de impor coercitivamente o pagamento dos tributos àqueles que não cumpriram voluntariamente seus deveres legais; devendo ser proposta uma demanda depois de extraída a Certidão de Dívida Ativa, que deverá solicitar a citação do devedor para, em 5 (cinco) dias, pagar a dívida ou garantir a execução, em conformidade com a Lei.

É importante salientar que a execução fiscal, assim como qualquer outra execução, de título judicial ou extrajudicial, é uma seara envolta por diversos princípios, que algumas vezes se chocam em face da proteção do executado, da dignidade da pessoa humana e da proteção do credor.

Em especial o princípio da efetividade, inserto no artigo 37, *caput,* da Constituição de 1988. Trata-se de um dos princípios norteadores da Administração Pública, juntamente com a legalidade, impessoalidade, proporcionalidade e moralidade, que busca garantir o direito fundamental à tutela executiva, de forma a proporcionar uma pronta e integral satisfação dos direitos aos credores.

A efetividade do processo deve necessariamente ser compatível com a criação de condições reais e viáveis para que a Fazenda Pública possa recorrer ao Judiciário com a finalidade daquela tutela pleiteada tornar-se real e eficaz, ou seja, que necessariamente o Fisco consiga através dessa última medida receber a quantia devida pelo contribuinte.

Nesse cenário, de crescente alta de executivos fiscais, a mediação surge no Brasil como uma medida alternativa para a arrecadação tributária eficiente, principalmente quando aplicada na busca dos grandes débitos, que acabam por serem perdidos pela Fazenda Pública, eis que alcançados pela prescrição intercorrente.

É importante ressaltar que a regra insculpida no artigo 38 da lei impossibilita o uso da mediação envolvendo tributos da Secretaria da Receita Federal ou créditos inscritos em dívida ativa da União, salvo quando todos os envolvidos forem pessoas jurídicas de direito público federais, não sendo, portanto, um impeditivo definitivo para que outros entes federados incluam essa possibilidade na esfera de competência de seus respectivos órgãos, uma vez que esta proibição foi alocada apenas na seção própria da administração federal.

Esse instrumento, através da implantação de câmaras de mediação no âmbito da Administração Pública, possibilitaria o acordo consensual de conflitos inerentes aos débitos fiscais. E esse consenso mútuo no âmbito das câmaras promoverá a célere dissolução dos impasses, residindo nesse aspecto um importante benefício a ser considerado. Trata-se, portanto, de desjurisdicionalizar os conflitos, passando atribuições atípicas do Judiciário a entes administrativos.

Há um projeto de lei do Estado de São Paulo, de nº 1131/2015, que usando como justificativa a diminuição da enorme massa de processos de execução fiscal que assoberbam o Estado de São Paulo, institui o processo administrativo prévio à inscrição da dívida ativa e autoriza a Fazenda Pública Estadual, bem como a Municipal a se utilizar da mediação como forma de solução de conflitos entre os contribuintes e o Fisco, através da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

Outrossim, com a iniciativa de reduzir a judicialização de processos na Administração Pública, como um todo, através da implantação da conciliação e da mediação, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro lançou o programa denominado de "+ Consenso". Tal programa, segundo a Procuradora-Geral do Estado[163], Lucia Lea Guimarães Tavares, busca promover uma

163. Disponível em: http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-

administração consensual "como alternativa à unilateralidade e imperatividade da Administração Pública".

Há, inclusive, outras iniciativas pela Procuradoria do Estado, como a elaboração de projeto de lei para prever a possibilidade de acordos pelo Estado, em concordância com o novo Código de Processo Civil, que busca notoriamente uma mudança cultural promovida pelos métodos autocompositivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, em oposição aos princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo, as demandas referentes à cobrança dos débitos fiscais terminam por se perpetuarem durante anos, ou até mesmo décadas, armazenados nos escaninhos dos Cartórios de Dívida Ativa, sem qualquer analise ou decisão por parte do magistrado, muitas vezes por ser humanamente impossível, este, sozinho decidir todos os executivos fiscais em tempo razoável, e sem apoio técnico suficiente.

Diante desse cenário, tanto no campo do Poder Judiciário quanto no campo do Poder Legislativo, é possível constatar, sem dúvida, que as mudanças ocorridas na sociedade, com o aumento da inadimplência dos contribuintes e com o consequente aumento da cobrança judicial dos débitos fiscais, foram fatos preponderantes para a produção e transformação normativa. É o que podemos ver com a edição do artigo 3º, parágrafos 1º, 2º e 3º da Lei 13.105/2015, e da Lei 13.140/2015.

Tais normas surgiram da necessidade de se introduzir ao ordenamento jurídico brasileiro meios alternativos para resolução de conflitos, em especial a inserção da mediação no âmbito da Administração Tributária para a cobrança dos débi-

---

-id=2897616. Acesso em 01.06.2017

tos fiscais, utilizando-se para isso da resolução administrativa e consensual das divergências. Essa medida sugere, portanto:

a) Redução de gastos, que são hoje suportados tanto pela Fazenda Pública quanto pelos contribuintes, com os honorários advocatícios, custas processuais, verbas de sucumbências e demais ônus previstos na legislação;

b) Celeridade no procedimento arrecadatório, com a solução do conflito em tempo justo e razoável, o que acaba por resgatar à sociedade os direitos então estatuídos na Constituição de 1988; e inevitavelmente tal medida diminuirá o volume de execuções fiscais.

Com essa desoneração, o Poder Judiciário se torna mais eficaz e suas decisões terão maior efetividade, à medida que possibilita ou ao menos contribui com a fluidez das demandas que permanecerão reservadas à jurisdição, as quais tendem a experimentar tramitação e deslinde mais céleres.

Posta assim a questão, é de se dizer que essa inclusão, pelo Poder Legislativo, dos entes públicos no circuito de construção de uma cultura de pacificação social, deve ser observada com consideração e reconhecimento pelos atores da sociedade.

Inicialmente introduzida no sistema jurídico nacional através do artigo 174 do Código de Processo Civil, e posteriormente regulamentada através da Lei de Mediação, no presente instituto surge para a Administração Tributária como medida fundamental para dirimir os conflitos fiscais, através de espaços e mecanismos institucionais estruturados, com pessoas preparadas e capacitadas, que permitirão um diálogo aberto entre contribuinte e Fazenda Pública, na busca de uma resolução extrajudicial, o que acabará por fomentar maior

participação e autonomia da Administração Tributária e, automaticamente, gerará maior legitimidade ao ente público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: O Ministério Público e a Saúde no Brasil:* Felipe Asensi. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La Mediación y el Acesso a justicia.* Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A arbitragem: solução alternativa de conflitos*. Disponívelem: < http://bdjur.stj.jus.br/dspace/bitstream/2011/609/4/Arbitragem_Solu%C3%A7%C3%A3o_Alternativa.pdf. Acesso em 10.08.2009.

COLOIÁCOVO, Juan Luis; COLOIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, Mediação e Arbitragem: teoria e prática.* Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de janeiro: Forense, 1999.

GUILLEAUME HOFNUNG, Michèle. La Médiation. 4 ed. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, Que sais-je, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça e São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*. Separata da Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, p. 44, fev. 2004.

SADEK, Maria Teresa. *Judiciário: mudanças e reformas*. São Paulo. Estudos Avançados, v. 18, nº 51, maio-ago. 2004.

SALES, Lilia Maria de Moraes. Justiça e Mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Rio de janeiro: Lumem Juris, 1999.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradutoras: Águida A. Barbosa, Eliana R. Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, p. 142.

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DIREITO AO MEIO AMBIENTE – DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA ECONOMIA CIRCULAR

Wilson Tadeu de Carvalho Eccard
Paulo José Pereira Carneiro Torres da Silva

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) expressa desde a sua promulgação o desejo do país pelo crescimento econômico, que deve ser acompanhado, de perto, pelo progresso igual da população que aqui vive, assim, com este objetivo, consagra no Título VII, da Ordem econômica e financeira, princípios norteadores que encerram tais objetivos, sobretudo no artigo 170, que em seus incisos IV e VI aborda a livre iniciativa e a defesa ao meio ambiente.

Logo, coexistem em nosso ordenamento jurídico-constitucional a proteção à livre iniciativa e a proteção ao meio ambiente, ambos sob a forma de princípios fundamentais, demonstrando de maneira inequívoca que não só é preciso realizar uma leitura dialógica de tais fundamentos como também que não se tratam de objetivos antitéticos.

Contudo, os problemas ambientais decorrentes do desenvolvimento tanto nos grandes quanto nos pequenos centros, têm sido cada vez mais frequentes e nocivos para todo o ecossistema, exigindo a adoção de soluções práticas e urgentes.

Neste ponto, percebe-se uma clara aproximação da preocupação ambiental com a própria noção de Cidadania, definida pela doutrina como a relação dos indivíduos com a comunidade política.

A própria Organização das Nações Unidas, ao perceber a necessidade de debater o tema, criou em 1978 o Programa ONU-Habitat, cuja preocupação está na constante discussão em busca de soluções para assentamentos humanos, intercâmbio de informações sobre moradia e desenvolvimento sustentável das cidades. Reconhece-se com isso o fenômeno da urbanização como vetor impulsionador do desenvolvimento e da redução da pobreza.

Assim, uma das formas possíveis de contribuir com esse diálogo é a migração para a chamada Economia Circular, novo modelo econômico que surge como uma forma de substituir o modelo linear, reputado insustentável em um planeta de recursos finitos.

Uma, dentre várias definições, aponta a Economia Circular como a que "tem como base o estudo do mundo real, não linear, em um sistema que seja rico e comunicativo, como um sistema vivo. Ele exige uma gestão cautelosa dos fluxos dos materiais que foram divididos em dois tipos, como em nutrientes biológicos – que são materiais designados para reentrar na biosfera de maneira segura e reconstruir o capital ambiental natural) e nutrientes técnicos – que são designados a circular na economia, ao máximo de qualidade, sem entrar na biosfera." (MCDONOUGH e BRAUNGART, 2010).

Na Economia Circular o ciclo produtivo não se encerra com o descarte dos subprodutos decorrentes do próprio processo

produtivo, pelo contrário esse subproduto é parte integrante da cadeia e gera novos e sustentáveis bens de consumo.

Justifica-se este estudo em seu aspecto subjetivo ao trazer à reflexão do campo do direito este imbricamento presente na evolução do sistema de economia linear para o sistema da economia circular. Principalmente ao observar que a economia linear, atualmente vigente, tem como fundamento de seu "desenvolvimento" a estrutura RETIRE, PRODUZA, CONSUMA E DESCARTE, ou seja, uma clara afronta direta aos direitos mencionados acima, posto que não valoriza a manutenção de um meio ambiente sustentável.

Por outro lado, o conceito de economia circular aproxima-se mais do que está previsto em nossa Constituição Federal no que tange a complementaridade necessária ao direito do desenvolvimento sustentável e ao direito ao meio ambiente, pois se utiliza da inteligência da natureza ao pegar resíduos produzidos e reutilizá-los na forma de insumos para a criação de novos produtos. Elimina-se, desta forma a noção e conceito de resíduo.

Assim, o presente artigo pretende dirimir a seguinte questão com a abordagem deste trabalho: o ordenamento jurídico brasileiro é favorável à implementação de iniciativas de economia circular?

A hipótese levantada é que o Brasil já possui arcabouço legal para recepcionar um novo sistema de economia mais consciente, contudo necessário se faz o desenvolvimento de políticas públicas nesta área, reforçando as tímidas iniciativas da classe empresarial brasileira na utilização do conceito de produto como serviço.

Para constatação da hipótese levantada a pesquisa adotou o método qualitativo valendo-se de levantamento bibliográfico, aliado à análise indutiva, partindo da observação de fatos concretos para buscar reflexões sobre as possíveis formas de implantação deste tipo de economia, além do estudo de casos concretos.

1. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) expressa desde o seu princípio o desejo do país pelo crescimento econômico, ao qual deveria ser acompanhado, de perto, pelo progresso igual da população que aqui vive. É possível depreender este raciocínio quando estudamos o art. 1º, IV e art. 4º, IV:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
>
> IV - não-intervenção;

Ao defender a livre iniciativa e ter como regra a não intervenção do Estado, podemos considerar que o Brasil é um país que preza pelo crescimento econômico, pois está calcado no liberalismo econômico.

Contudo, esse crescimento econômico almejado não é acompanhado pela população que tem sofrido com a baixa escolaridade, a marginalidade, a violência, o péssimo atendimento à saúde, dentre tantas outras mazelas sociais notoriamente conhecidas, que faz com que o próprio conceito de cidadania seja alterado.

É neste contraponto polêmico de nossa Constituição, que se orienta pela evolução econômica e não consegue promover um equilíbrio social satisfatório, que encontramos a disposição normativa que irá proteger e estimular, em defesa da ordem econômica, o meio ambiente em que vivemos.

O Título VII da Constituição, Ordem econômica e financeira, tem como função regular as relações econômicas no Brasil e define seus princípios no artigo 170, que se vê abaixo:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I - soberania nacional;
>
> II - propriedade privada;
>
> III - função social da propriedade;
>
> IV - livre concorrência;
>
> V - defesa do consumidor;
>
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
>
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
>
> VIII - busca do pleno emprego;
>
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
>
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, ao mesmo tempo em que há a proteção da livre iniciativa, livre concorrência e do liberalismo econômico enquanto princípios fundamentais, existe também a previsibilidade de proteção do meio ambiente, em um claro atrelamento do desenvolvimento econômico com a defesa e proteção do meio ambiente.

Esta compreensão ambiental constitucionalizada remete ao pensamento de Canotilho (CANOTILHO, 2010) quando diz que:

> O Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos à actuação dos poderes públicos

A estrutura conjunta entre crescimento e meio ambiente é propositional na estreita relação de que o Direito não assiste de longe o desenvolvimento da Economia nacional, antes, atua na regulação de suas consequências, uma vez que o crescimento econômico sem desenvolvimento da sociedade além de ser um problema social, pode vir a ser também um problema ambiental dependendo do custo deste crescimento.

Ao legislar sobre ambos os assuntos, em momentos diferentes – na promulgação da Constituição de 1988 e na Emenda Constitucional nº 42 de 2003 –, o legislador demonstrou acompanhar os anseios da sociedade que já não se contentava apenas com o crescimento econômico despreocupado com a proteção do meio ambiente, e exigiu que empresas que participassem de uma evolução patrimonial decorrente do modelo capitalista que vige em nossa sociedade passassem a ter uma preocupação ambiental, com o desenvolvimento sustentável, preocupação com a qualidade dos produtos produzidos e com os benefícios à vida que poderiam trazer em si ou mesmo no seu desenvolvimento.

Em 1987, a Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, na Noruega, elaborou um documento denominado “Nosso Futuro Comum” também conhecido como Relatório Brundtland, onde restou consignado pelos países signatários o compromisso de promover o desenvolvimento econômico e social em conformidade com a preservação ambiental.

Neste documento, Gro Harlem Bruntland (1988) cunha a própria definição de desenvolvimento sustentável, afirmando ser aquele que “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

Bezerra e Bursztyn (2000, p. 26) já apontam o desenvolvimento sustentável como “um processo de aprendizagem social de longo prazo, balizado por políticas públicas orientadas por um plano nacional de desenvolvimento inter-regionalizado e intraregionalmente endógeno”, ou seja, traduzem o conceito como um processo e não como um fim em si mesmo.

Logo, para alcançar um equilíbrio entre atender às necessidades presentes sem comprometer as gerações futuras na forma de um processo de aprendizagem social guiado por políticas públicas sustentáveis, faz-se necessário uma atuação forte do poder público, e também do cidadão, exatamente para mudar o paradigma atual do consumo desenfreado.

Assim, a exploração intensiva, aliada ao consumo desenfreado leva ao esgotamento dos recursos naturais existentes, tais como água, árvores, minérios; e a exploração sem controle destrói ainda outros recursos como a camada de ozônio, a qualidade do solo, além de provocar desequilíbrios naturais da ordem de enchentes, poluição do ar, com consequente perda da qualidade de vida para a atual geração e a futura também, em uma afronta direta ao resultado do Relatório Nosso Futuro Comum, mencionado acima. Além de ser contrário à nossa Magna Carta.

No intuito de promover esta proteção mediante um processo gradual, o legislador constituinte de 1988 assim dispôs na Constituição Federal em seu artigo 225 acerca da proteção do meio ambiente brasileiro:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que com-

portem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

O legislador foi além ao compartilhar o dever de defender e proteger o meio ambiente entre o Poder Público e o povo, tornando um compromisso não só do ente estatal, mas também do cidadão e do empresário, ou seja, daqueles que usufruem diretamente do meio ambiente.

Logo, conhecer sobre o meio ambiente tornou-se uma prerrogativa comum entre o ente estatal e a população. O desenvolvimento sustentável deve ser encarado pela sociedade como dever constitucional vez que compromete toda a coletividade em uma mudança de comportamento na relação com o meio ambiente em nome de sua preservação para nosso gozo e para fruição das gerações futuras, mas também da presente geração.

Assim, o planejamento urbano deve ser acompanhado de debates dialógicos entre as temáticas envolvidas, quais sejam, direito ao meio ambiente, direito ao desenvolvimento sustentável e políticas públicas urbanas todas em torno da promoção de uma cidadania comprometida com o desenvolvimento de novos mecanismos sustentáveis de utilização e descarte de produtos.

Ao envidar esforços neste sentido, o governo deve praticar ações econômicas de cunho social, o empresário deve preocupar-se com a forma como produz, e o consumidor deve atuar no sentido de cobrar os atores anteriores e se cobrar também para contribuir positivamente em seu papel de cidadão, sempre em direção da chamada Economia Verde, que significa “uma economia que resulta em melhoria do bem-estar da humanidade e igualdade social, ao mesmo tempo em que reduz significativamente riscos ambientais e escassez ecológica” (PNUMA, 2011), que é o que se pretende ao substituir o modo de economia linear hoje existente para a economia circular.

2. ECONOMIA CIRCULAR COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO MEIOAMBIENTE E COMO PROMOÇÃO DE UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Antes de entrar na definição de economia circular é necessário entender o que é a economia linear em que a sociedade se encontra atualmente e como chegou, ainda que brevemente, nela.

O processo de desenvolvimento ao qual se tem hoje se inicia com a revolução industrial, cujo marco histórico se localiza no século XVIII. Desde então, a humanidade procurou se desenvolver da maneira que sempre entendeu ser a correta, ou seja, retirando da natureza matérias primas e transformando-as, nas indústrias, em bens de consumo para a população.

O ideal liberal está presente nas sociedades desde que os pensadores históricos desenvolveram suas teorias e incutiram no modo de vida capitalista a compreensão de que crescimento econômico é consequência lógica da equação progresso e promoção de bem estar, fazendo crescer a noção de crescimento ilimitado independente do caráter finito dos recursos naturais.

A partir da década de 70 inicia-se o combate ao consumo intenso, liderado pelas Nações Unidas com a realização da Conferência de Estocolmo em 1972, seguida de uma série de outras conferências nas décadas seguintes como a Eco 92 no Rio de Janeiro, Convenção de Genebra em 1996, a Cúpula da Terra em 1997, dentre outras.

É neste contexto que Moura (2000) conceitua externalidade como “a ação de um determinado sistema de produção causa em outros sistemas externos” e dessa definição, Gerent (2006) cria o conceito de externalidade negativa ambiental e assim a define:

> [...] a uma forma de apropriação da natureza, já que o recurso ambiental é utilizado no processo industrial e devolvido ao ambiente como rejeito deste mesmo processo, invariavelmente em condições quantitativa e qualitativamente mais gravosas do que as originais, com absoluto desprezo em relação aos demais membros da sociedade e às gerações futuras, que deverão arcar com ambientes contaminados.

Assim, uma vez identificada as razões para se alcançar o estado atual de degradação do meio ambiente que há hoje, desde a emancipação do ideal liberal, passando pela Revolução Industrial e o liberalismo econômico, que conduz a um contexto de consumo ilimitado com a consequente utilização e descarte de recursos não renováveis extraídos da natureza, chega-se ao ápice de reconhecer a falência deste modelo de economia.

O modelo de economia linear é definido pela Fundação Ellen MacArthur[164] (2013) como aquela que "empresas extraem materiais, aplicam energia para fabricar um produto, vendem o produto a um consumidor final, que, em seguida, o descarta quando não funciona mais ou já não serve ao propósito do usuário". Esse processo em grande escala, desde 1800 e aplicado em todo mundo é o responsável pela crise ambiental atual.

Esse modo de produção que despreza o que será feito com o produto ao final de sua utilização/consumo, ou seja, o descarte, traz consequências de proporções altíssimas na qualidade de vida da Cidade. Ao analisar a questão ambiental, sus-

---

164. A Fundação Ellen MacArthur é uma entidade sem fins lucrativos formada em 2010 com a missão de inspirar uma geração a repensar, reformular e construir um futuro positivo, acreditando que a economia circular fornece um framework coerente para o redesenho sistêmico e criando oportunidade para a inovação e a criatividade promoverem uma economia positiva e restaurativa (www.ellenmacarthurfoundation.org). Trata-se de uma organização fundada e financiada por empresas privadas (Cisco, Kingfisher, Renault e Unilever) e que atua em articulação multissetorial, atuando com empresas e instituições de representação empresarial, universidades, outras organizações não governamentais e governos para impulsionar a transição para a economia circular.

tentabilidade e políticas públicas Leila Ferreira (1998) aponta que "o padrão de produção e consumo que caracteriza o atual estilo de desenvolvimento tende a consolidar-se no espaço das cidades e estas se tornam cada vez mais o foco principal na definição de estratégias e políticas de desenvolvimento".

Não por coincidência, a partir da década de 70 surge o modelo de Economia Circular, que na impossibilidade de precisar a origem da definição ou mesmo um conceito geral, utilizou-se o conceito de William McDounough e Michael Braungart, que apontam que a Economia Circular "tem como base o estudo do mundo real, não linear, em um sistema que seja rico e comunicativo, como um sistema vivo. Ele exige uma gestão cautelosa dos fluxos dos materiais que foram divididos em dois tipos, como em nutrientes biológicos – que são materiais designados para reentrar na biosfera de maneira segura e reconstruir o capital ambiental natural) e nutrientes técnicos – que são designados a circular na economia, ao máximo de qualidade, sem entrar na biosfera. (William McDonough e Michael Braungart, 2010)".

Azevedo (2015) também traz uma definição de Economia Circular e aponta que é "o tipo de economia que busca o desenvolvimento de processos e/ou produtos com foco em uma utilização mais racional dos recursos naturais, na forma de redução de consumo ou realizando sua recuperação, onde todos os tipos de materiais são elaborados para circular de forma eficiente e serem recolocados na produção, sem perda de qualidade (AZEVEDO, 2015)".

O valor deste modo de economia está exatamente na possibilidade de criação produtos de ciclos múltiplos de uso, o que reduz a dependência em recursos ao mesmo tempo em que elimina o desperdício (AZEVEDO, 2015).

Sob a perspectiva da economia circular as funções econômicas do meio ambiente, mudam de sentido. Por exemplo, a

Base de Recursos[165] e Função de Sumidouro[166], quando a transição para economia circular já tiver sido realizada com sucesso, serão radicalmente diminuída ou completamente erradicadas.

Atualmente não existe um caminho único para a implementação de uma Economia Circular, contudo entende-se que uma série de iniciativas vem sendo criadas para que o conceito seja implantado sobre um novo olhar junto ao planeta.

A Economia Circular representa uma mudança bastante expressiva na linha de pensamento das empresas e seus processos produtivos. Essa técnica de produção elimina a linearidade dos processos produtivos tradicionais e põe em prática uma lógica circular na produção de bens e serviços.

Dentro do processo linear tradicional de produção, a geração de rejeitos e inevitável, já que o processo de produção não prevê reutilização dos resíduos. Já no pensamento circular planeja-se a produção de forma que o máximo de resíduo seja reutilizado no processo produtivo a fim de evitar a geração de rejeitos industriais. (SOUZA, 2017).

Em uma sociedade com níveis de consumo alarmante de suas fontes naturais de recursos a implantação deste método cria expectativas para uma possível solução para a manutenção do desenvolvimento sustentável acompanhado da proteção ao meio ambiente.

---

165. Base de Recursos – A natureza serve de base de recursos para criação e manutenção de tudo que usamos em nossas vidas, sejam produtos renováveis ou não-renováveis. Produtos renováveis se tornam uma preocupação quando são explorados intensivamente de forma que sua reprodução, natural, seja comprometida, como hoje acontece com certos tipos de peixe como Atum e Salmão.

166. Função Sumidouro – Todo resíduo e rejeito gerado pelo ser humano é jogado *in natura*, seja no meio sólido, líquido ou no ar. Em vários lugares já surgiram problemas relacionados a saturação do meio ambiente devido ao excesso de material orgânico e de plásticos. A natureza sofre, mas no final sempre volta para a sociedade através de catástrofes, doenças e pragas, como temos visto no Brasil com o caso da catástrofe de Mariana em Minas Gerais e os surtos de febre amarela em Espirito Santo e também em Minas Gerais.

CONCLUSÃO

A preocupação com o meio ambiente cresce a cada dia e a utilização de ferramentas capazes de aumentar esta proteção deve ser sempre levada em consideração pelos agentes públicos e civis envolvidos em razão do compromisso com gerações futuras que a sociedade global toma como ideal. Por esta razão o termo sustentabilidade é a palavra chave para a geração presente permitir o usufruto deste meio ambiente às gerações futuras.

Tendo isso em vista, o presente trabalho buscou fundamentar a inserção do conceito de Economia Circular através do viés legal, permitindo mostrar que as leis acompanham o fato social. Desta forma, ao perceber o iminente colapso do sistema de economia linear vigente, o direito atua, através da elaboração de leis pelos representantes do povo, como garantidor das práticas necessárias para implementação de políticas públicas com foco na Economia Circular.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra originariamente a proteção ao meio ambiente, bem como os fundamentos principiológicos ao direito a um desenvolvimento sustentável. Contudo, foi necessário a aprovação de uma Emenda Constitucional (42/2003) para permitir, no seio da Constituição "a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" (BRASIL, 1988).

Assim, o questionamento fundamental deste trabalho foi respondido de maneira satisfatória confirmando a hipótese formulada. A Emenda Constitucional 42/2003 foi responsável por preparar nossa Constituição Federal para recepcionar a transição pretendida pela Economia Circular em substituição à Economia Linear, pois foi a partir dela que passamos a poder tratar de processos diferenciados para diminuir o impacto

dos produtos elaborados e também para alterar processos de elaboração e prestação para outros mais condizentes com a preocupação já existente com o Direito ao Meio Ambiente e o Direito ao Desenvolvimento Sustentável.

A migração da Economia Linear para a Economia Circular - não apenas nas cadeias produtivas, mas também no comportamento do cidadão - será benéfica para toda a população, permitindo repensar o próprio conceito de cidadania a partir do compromisso constitucional que cada um possui na proteção ao meio ambiente.

Entretanto, atualmente existem no Brasil diversas ações que corroboram o conceito de Economia Circular, contudo, há ainda pouca participação do Poder Público no sentido de conscientização da população quanto à importância do comportamento individual neste processo comunitário bem como no fomento de tais atividades.

A Economia Circular é um movimento internacional que trabalha com a preocupação com o desenvolvimento de um meio ambiente sustentável para usufruto da geração presente e para as futuras e, de acordo com nossa Carta Magna, o Brasil está preparado para participar ativamente deste processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Juliana Laboissière. **A Economia circular aplicada no Brasil: uma análise a partir dos instrumentos legais existentes para a logística reversa**. 2015. Disponível em: <http://www.inovarse.org/sites/default/files/T_15_036M.pdf>. Acesso em 01/06/2017

BEZERRA, M. C. L.; BURSZTYN, M. (COOD.). **Ciência e tecnologia para o desenvolvimento sustentável.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente e dos Recursos naturais Renováveis: CONSÓRCIO CDS/ UNB/ ABIPTI, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12/11/2015.

BRUNTLAND, Gro Harlem (ORG.). **Nosso futuro comum: relatorio da comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: FGV, 1988

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. Tékhne, Barcelos , n. 13, p. 07-18, jun. 2010 . Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 09 jun. 2017.

ELLEN MACARTHUR FOUNDATION. **Towards the circular economy. economic and business rationale for an accelerated transition**. volume 1. 2003

FERREIRA, Leila da Costa. **A questão ambiental: sustentabilidade e políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998.

GERENT, j. Internalização das externalidades negativas ambientais: uma breve análise jurídico-econômica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 40-63, 2006.

MCDONOUGH, William; BRAUNGART, Michael. **Cradle to cradle: Remaking the way we make things**. MacMillan, 2010.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. **Economia ambiental. Gestão de custos e investimentos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **PNUMA, Caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação**

da pobreza – síntese para tomadores de decisão. 2011 <http://www.conselhos.org.br/arquivos/download/upload/72.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

SOUZA, L. **Economia circular na indústria da moda: uma primeira visão sobre a região fluminense**, Rio de Janeiro, 2017.